

**ZULÄSSIGKEIT ALLGEMEINER HAFTUNGSREGELUNGEN
BEI DER BENUTZUNG
KOMMUNALER ÖFFENTLICHER EINRICHTUNGEN**

Inaugural - Dissertation

zur

Erlangung des akademischen Grades eines

Doktors der Rechte

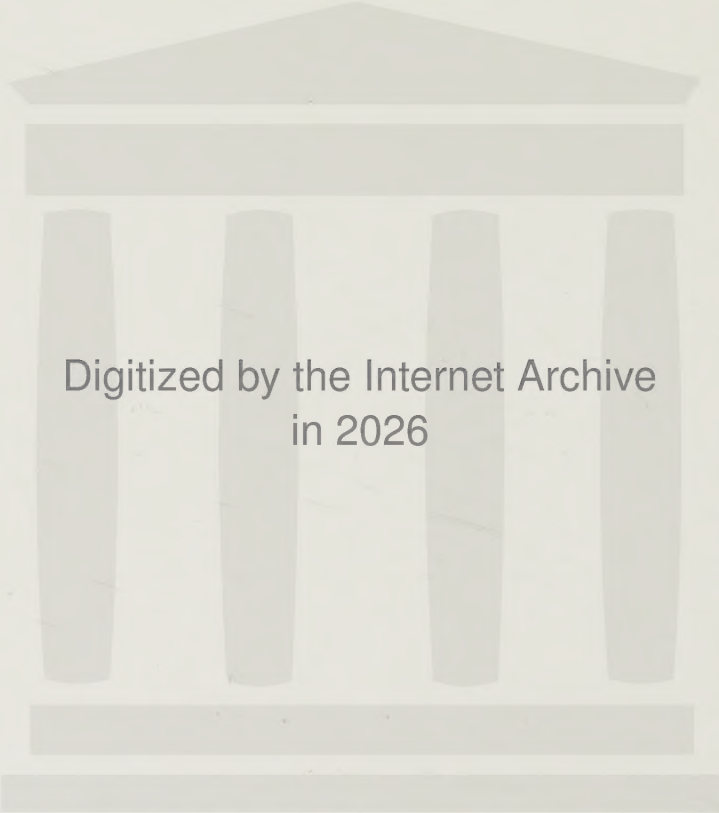
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

WIENHOLD SCHULTE

aus Körbecke

1978



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555408_0003

ZULÄSSIGKEIT ALLGEMEINER HAFTUNGSREGELUNGEN
BEI DER BENUTZUNG
KOMMUNALER ÖFFENTLICHER EINRICHTUNGEN

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur

Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

Vorgelegt von Wienhold Schulte
aus Körbecke

1978



Erster Berichterstatter:

Prof. Dr. Menger

Zweiter Berichterstatter:

Prof. Dr. Schmidt-Jortzig

Dekan:

Prof. Dr. Welp

Tag der mündlichen Prüfung:

14. 7. 1978

G l i e d e r u n g

	<u>Seite</u>
<u>1. Kapitel: Der Untersuchungsgegenstand</u>	1
A Darstellung des Problems im Zusammenhang	1
B Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	3
I. Thematische Eingrenzung	3
1. Ausschließliche Untersuchung des Ver- hältnisses Gemeinde-Einwohner	3
2. Nur öffentliche Benutzungsverhältnisse	4
3. Untersuchung ausschließlich des Haftungs- bereichs	5
II. Begriffliche Eingrenzung	5
1. Der Begriff der öffentlichen Einrichtung - Definition	6
a) Abgrenzung gegenüber	
- öffentlichen Sachen	8
- öffentlichen Anstalten	9
- dem Unternehmensbegriff und Betrieb	10
- privaten Einrichtungen	11

II

	<u>Seite</u>
b) Darstellung des Begriffs anhand der materiellen Verwaltungsaufgaben	13
2. Begriff des öffentlichen Benutzungsverhältnisses	16
<u>2. Kapitel: Mögliche Rechtsformen bei der Benutzung öffentlicher Einrichtungen</u>	18
A Organisationsformen öffentlicher Einrichtungen	18
I. Formen des öffentlichen Rechts	20
1. Öffentlich-rechtliche Anstalt	20
a) Die nicht-rechtsfähige Anstalt	21
b) Der Regiebetrieb	22
c) Der Eigenbetrieb	23
d) Die rechtsfähige öffentliche Anstalt	24
2. Öffentlich-rechtliche Körperschaft	25
3. Öffentlich-rechtliche Stiftung	26
II. Formen des Privatrechts	27
1. Zulässigkeit der Verwendung durch die Gemeinde	27

	<u>Seite</u>
- herrschende Meinung	28
- die Ansicht Pestalozzas	28
- die Ansicht Bullingers	29
- Stellungnahme	30
 2. Die möglichen Gesellschaftsformen	 32
Sicherung des gemeindlichen Einflusses auf diese selbständigen Einrichtungen, auf	 34
a) die Eigengesellschaften	36
b) bei Beteiligungsformen	39
c) bei der Möglichkeit der Unterbeteiligung - gemeindlicher Konzern	41
 B Handlungsformen öffentlicher Einrichtungen	 43
 I. Öffentliches oder privates Recht	 44
 1. Unterscheidung der h. M. - "Zwei-Stufen- Theorie", "Wahlfreiheit"	 45
 2. Kritik an der h. M.	 49
a) Die Ansicht Pestalozzas	52
b) Kritiker der Zwei-Stufen-Theorie	53
- Ablehnung der Zweistufigkeit	
- Ablehnung der "Wahlfreiheit"	
c) Öffentliches Recht auch bei der Benutzung öffentlicher Einrichtungen in Privat- rechtsform	57

IV

	<u>Seite</u>
3. Eigene Stellungnahme	58
a) Zur "Wahlfreiheit" der Gemeinden	58
b) Zur "Zwei-Stufen-Lehre"	63
c) Zu einzelgesetzlichen Regelungen und der geplanten Staatshaftungsreform	66
II. Rechtscharakter des öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses	68
1. Überprüfung anhand der Entstehungs- tatbestände	69
a) Entstehung durch Benutzung	70
b) Entstehung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag	71
c) Dritte Ansicht: Beide Entstehungstat- bestände möglich	71
d) Eigene Stellungnahme: öffentlich-recht- licher Vertrag	72
2. Beteiligte an diesem Vertragsverhältnis: Gemeinde selbst und Benutzer	77
III. Rechtliche Gestaltungsformen	78
1. Rechtsverordnungen als staatliches Recht	80
2. Kommunale Satzungen	81
3. Nicht-satzungsförmige Benutzungsordnungen	84

- Darstellung der dazu vertretenen Ansichten - eigene Lösung

- 4. Die der Gemeinde eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten 91

3. Kapitel: Haftungsgrundlagen im öffentlichen Benutzungsverhältnis 92

A Grundlagen der Ansprüche gegen die Gemeinde

I. Amtshaftungsansprüche

Gesetzliche Grundlage und Problematik der Haftungstatbestände auch unter Berücksichtigung der Referentenentwürfe zur Reform des Staatshaftungsgesetzes

- II. Ansprüche aus vertraglichen Grundsätzen Auch im öffentlichen Recht grundsätzlich anwendbar 102

- 1. Haftung wegen Nichterfüllung 104

- 2. Gewährleistungsansprüche 106

- 3. Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung 106

- a) Fälle der Schlechtleistung 107

- b) Problem der Loslösung vom Vertrag über positive Vertragsverletzung 109

- 4. Anspruch aus culpa in contrahendo 110

	<u>Seite</u>
III. Ansprüche aus Gefährdungshaftung	113
1. § 1 a Reichshaftpflichtgesetz, gültig für die Energieversorgung	114
2. §§ 1 SHG, 8 a Abs. 1 StVG, 58 Abs. 1 Ziff. 3 PBefG für Beförderungsverhältnisse	114
3. Allgemeine öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung ?	115
a) Die Ansicht Forsthoffs u. a.	115
b) Herrschende Meinung: Gefährdungshaftung nur bei gesetzlicher Fixierung	115
c) Haftung aus Enteignungsgrundsätzen	116
IV. Konkurrenzen	117
B Haftung der Benutzer und ihre gesetzlichen Grundlagen	118
Benutzer haften nicht aus Gefährdungshaftung und Amtshaftung, sondern aus Vertragsgrundsätzen.	
4. Kapitel: <u>Tatsächliche Haftungsregelungen in gemeindlichen öffentlichen Benutzungsverhältnissen</u>	120
A Haftungsregelungen in bezug auf die Haftung der Gemeinde	120
I. Regelungen mit generellem Haftungsausschluß	121

VII

	<u>Seite</u>
1. Allgemeine Versorgungsbedingungen - Rechtscharakter und Inhalt	122
2. Wasser- und Wärmelieferungsbedingungen	123a
a) Die zwei verschiedenen Regelungstypen	123a
b) Haftungsausschluß für typische Schäden	125
3. Begrenzte Gültigkeit der AVB durch §§ 26 bis 28 AGBG	125
4. Sonstige Regelungen	126
II. Haftungsbeschränkung auf bestimmte Schuld- formen	127
1. Wasser- und Wärmelieferungsverträge	127
a) Wasserversorgungsbedingungen	127
b) Wärmelieferungsbedingungen	128
2. Übrige Regelungen	129
III. Regelungen zur Begrenzung der Haftungs- höhe	130
1. Regelungen in Rechtsverordnungen	130
2. Andere Regelungsformen	131
B Erweiterungen der Haftung des Benutzers	131
1. AVB - Abschnitt VI, Ziff. 6	131

VIII

	<u>Seite</u>
2. Regelungen in anderen Versorgungsverhältnissen	133
3. Haftungserweiterungen in anderen Benutzungsverhältnissen	134
<u>5. Kapitel: Grundlage und Grenzen der Haftungsfreizeichnungen</u>	136
A Regelungsbefugnis zur Haftungsfreizeichnung	136
I. Allgemeine Kompetenz für Haftungsregelungen	137
II. Umfang der Regelungskompetenz im Hinblick auf die Haftungsgrundlagen	141
1. Haftung wegen Nichterfüllung	142
a) Freizeichnungsmöglichkeit und - Grenze durch § 276 Abs. 2 BGB	142
b) Überprüfung an Artikel 14 GG Grundsätze der Rechtssprechung und Literatur, Fazit:	143
Artikel 14 Abs. 1 GG nur bei entgeltlichen Benutzungsverhältnissen hinsichtlich der Schadensersatzansprüche einschlägig	149
2. Haftung aus Gewährleistung	152
a) Bei entgeltlichen Benutzungsverhältnissen Artikel 14 Abs. 1 GG auch hier einschlägig.	152
b) Anwendbarkeit paralleler Gewährleistungsvorschriften des BGB bei unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen	

	<u>Seite</u>
3. Haftung aus positiver Vertragsverletzung und culpa in contrahendo Geltung derselben Grundsätze wie in Ansprüchen unter 1. und 2.	154
4. Anspruch aus Artikel 34 Abs. 1 GG, § 839 BGB	156
a) Mindermeinung: Amtshaftung nicht abschließbar	156
b) Herrschende Meinung: Amtshaftung durch formelles Gesetz beschränkbar	157
c) Die Ansicht von Maunz: Amtshaftung auch durch Satzung beschränkbar	158
d) Eigene Stellungnahme	158
e) Die Sondermeinung Rüfners mit ablehnender Stellungnahme	160
5. Anspruch aus Gefährungshaftung	167
a) § 1 a RHPfLG wegen § 5 des Gesetzes unbeschränkbar	167
b) Andere Haftungstatbestände nur ausnahmsweise beschränkbar	168
B Grenzen der Haftungsfreizeichnung	170
I. Bisherige Lösungsversuche	171
1. Anwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften	172
2. Ansicht des BGH	174

	<u>Seite</u>
3. Lösungsvorschläge aus dem neueren Schrifttum	176
a) Anwendung öffentlich-rechtlicher Grundsätze, insbesondere der Verfassung	176
b) stärker differenzierende Ansichten in bezug auf Schadensarten und Typen von Benutzungsverhältnissen, insbesondere	177
- Tiemann	179
- Palder	181
- Erichsens Kritik und Ansatz	183
II. Kritische Überprüfung der dargestellten Lösungsvorschläge, insbesondere	184
1. hinsichtlich der Anwendbarkeit von Normen und Grundsätzen des BGB	184
2. in bezug auf die Anwendung allgemeiner Verfassungsgrundsätze und- Normen	185
3. an den differenzierenden Ansichten von Götz und Rüfner	188
4. an den Lösungsvorschlägen von Tiemann und Palder, insbesondere im Hinblick auf die Verwendung allgemeiner Verfassungsnormen und <u>grundsätze</u>	190
III. Eigener Lösungsvorschlag	199
1. Erste Eingrenzung über § 276 Abs. 2 BGB hinaus durch AGBG ?	199
a) Anwendbarkeit dieser dem Zivilrecht zurechnenden Vorschriften im gemeindlichen öffentlichen Benutzungsrecht	200

	<u>Seite</u>
aa) Herrschende Meinung - nicht anwendbar	200
bb) Die Ansicht Stobers	201
cc) Eigene Stellungnahme: analoge Anwendung im öffentlichen Recht, soweit hinsichtlich gesetzlicher und tatsächlicher Interessenbewertung rechtsähnlich Ergebnis: AGBG nur auf entgeltliche Benutzungsverhältnisse anwendbar	202 212/ 213
b) Folgen der Anwendbarkeit und weitere Einschränkungen	214
aa) ausgerichtet an § 9 AGBG, insbesondere bei personenbezogenen Verhältnissen	215
bb) bei sachbezogenen Verhältnissen	216
2. Verfassungsnormen und Grundsätze	217
a) Überprüfung der Normen des AGBG an allgemeinen Verfassungsgrundsätzen in entgeltlichen Benutzungsverhältnissen	218
b) Grenzen der Freizeichnung in unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen	223
aa) Überprüfung an Artikel 3 Abs. 1 GG	223
bb) Überprüfung am Übermaßverbot unter Berücksichtigung des Sozialstaatsprinzips	225
(1) Darstellung der widerstreitenden Interessen	225
(2) Abwägung der Gemeinwohl- und Individualinteressen und Ergebnis	226
IV. Auswirkungen des hier vertretenen Lösungswegs	229
1. auf die einzelnen Ansprüche	229

	<u>Seite</u>
a) entsprechend den entwickelten Grundsätzen hinsichtlich der Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung und sonstiger Vertragsverletzungen	229
b) im Hinblick auf Haftung wegen Gewährleistung; dabei Differenzierung zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen	230
 2. Auswirkungen auf Regelungen in der Praxis	
a) hinsichtlich der Beschränkung der Haftungshöhe	
b) hinsichtlich der Folgen der Nichtigkeit einzelner Bestimmungen: restriktive Anwendung der überzeichnenden Klauseln	233
 <u>6. Kapitel: Haftungserweiternde Regelungen</u>	235
 I. Unzulässigkeit echter Haftungserweiterungen	235
II. Unzulässigkeit echter Abänderungen der Beweislast	236
III. Gesamtfazit	237

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
AGB	Allgemeine Geschäfts- bedingungen
AVB	Allgemeine Versorgungs- bedingungen
BayVB1	Bayerisches Verwaltungsblatt
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsge- richtshof
BSG	Bundessozialgericht
cic	culpa in contrahendo
DG	Die Gemeinde
HdbKWP	Handbuch der Kommunalwissen- schaft und Praxis
HdwbsW	Handwörterbuch der Sozial- wissenschaften
h. M.	herrschende Meinung
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
li. Sp.	linke Spalte
pVV	positive Vertragsverletzung
RefE	Referentenentwurf zur Reform des Staatshaftungsrechts
re.Sp.	rechte Spalte
st. Rspr.	ständige Rechtssprechung
StaHaR	Staatshaftungsrecht

Im übrigen werden die gebräuchlichen Abkürzungen nach
Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
2. Auflage, Berlin 1968, benutzt.

Literaturverzeichnis

- Badura, Peter
 Rechtsetzung durch Gemeinden
 in: DÖV 63 S. 561 ff.
derselbe: Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen
 der Gemeinde und Verwaltungsprivatrecht - OVG Lüne-
 burg DVBl 1964, S. 365
 in: JuS 66, S. 17
- Baur, Fritz
 Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und
 Öffentlichem Recht
 in: JZ 63, S. 41 ff.
- Becker, Georg
 Artikel: Anstalten des öffentlichen Rechts
 in: HdbSW Bd. 1 Tübingen , Göttingen 1956 S. 208 ff.
- Bender, Bernd
 Staatshaftungsrecht
 2. Auflage
 Karlsruhe 1974
- Benke (o. Vornamensangabe)
 Staatshaftung für Amtspflichtverletzung
 in: BB 51, S. 519 ff.
- Bethge, Herbert
 Abschied von der Zweistufentheorie
 in: JR 72, S. 139
derselbe: Zweigleisigkeit des Rechtswegs bei der
 Benutzung kommunaler öffentlicher Einrichtungen
 in: SkV 72, S. 123 ff.
- Bettermann, August
 Aussprache und Schlußworte
 in: VVDStRL Bd. 21, S. 229 ff.
- Blume, Joachim
 Schuldrechtsähnliche Sonderverbindungen im
 öffentlichen Recht
 Diss. jur. Göttingen 1967
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang
- Grawert, Rolf
 Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Ge-
 waltverhältnisse
 in: AÖR 1970 (Bd. 95) S. 1 ff.
- Bohm, Günter
 Recht und Verwaltung im Badewesen
 Lübeck 1969

Bosse, Wolfgang

Der subordinationsrechtliche Vertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Subventionsverhältnisse
Berlin 1974

Brehm, Robert

Benutzungsregelungen gemeindlicher öffentlicher Einrichtungen
Bern und Frankfurt/M. 1975
derselbe: Beschränkung der Amtshaftung durch gemeindliche Satzungen ?
DÖV 74, S. 415

Brügelmann, Hermann

Ludwig, Wolfgang

16. Kapitel: Kommunale Versorgungswirtschaft
in: HdbKWP III, S. 655 ff.

Budde-Hupfauer, Helga

Die privatrechtlich organisierten öffentlichen Versorgungsunternehmen in ihrem Verhältnis zu Benutzer und Träger
Diss. jur. Heidelberg 1962

Bürkle-Storz, Stefan

Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen der Satzungsautonomie berufsständischer Körperschaften
Diss. jur. Frankfurt 1970

Bullinger, Martin

Öffentliches Recht und Privatrecht
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968
derselbe: Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag
in: DÖV 77, S. 812 ff.

Burmeister, Joachim

Der Begriff des "Fiskus" in der heutigen Verwaltungsrechtsdogmatik
in: DÖV 75, S. 695

Dagtoglou, Prodomos

Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Bd. 2, Artikel 20 bis 69
Stand: August 1976 Hamburg
Artikel 34 (Zweitbearbeitung)

David, Joachim

Die Satzungsgewalt der Gemeinden in Nordrhein-Westfalen
Diss. jur. Münster 1960

Dietlein, Max
Rebmann

AGB aktuell
Köln 1976

Eckert, Lutz

Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen
Schuldverhältnissen
in: DVBl 62, S. 11 ff.

Eiser, Ernst

Riederer, Johann

Hlawaty, Ernst

Energiewirtschaftsrecht
Stand: 1. 11. 1961/1. 8. 1970 München

Erichsen, Hans-Uwe

Grundrechtseingriffe im besonderen Gewalt-
verhältnis

in: VerwArch 72 (Bd. 63) S. 441 ff.

derselbe: Zur Zulässigkeit von Haftungsbe-
schränkungen in öffentlich-rechtlichen
Nutzungsverhältnissen

in: VerwArch 74 (Bd. 65) S. 219 ff.

Eyermann, Erich

Fröhler, Ludwig

Kommentar VwGO
5. Auflage, München und Berlin 1971

Fikentscher, Wolfgang

Schuldrecht

6. Auflage, Berlin, New York 1976

Forsthoff, Ernst

Lehrbuch des Verwaltungsrechts

Erster Band: Allgemeiner Teil

10. Auflage, München 1973

Frotscher, Werner

Die Ausgestaltung kommunaler Nutzungsverhältnisse
bei Anschluß- und Benutzungszwang
Siegburg 1974

derselbe: Die Haftung der Gemeinden für ihre
öffentlichen Einrichtungen

in: DG 75, S. 137 ff.

Galette, Alfons

Laux, Eberhard

von Scheliha, Kurt-Friedrich

Kommentar zur Gemeindeordnung, Kreisordnung,
Amtsordnung für Schleswig-Holstein
Wiesbaden 1972

- Gönnenwein, Otto
Gemeinderecht
Tübingen 1963
- Götz, Volkmar
Recht der Wirtschaftssubventionen
München 1966
derselbe: Haftung und Haftungsbeschränkung im
Verwaltungsrechtlichen Benutzungsverhältnis
- BGHZ 54, S. 299
in: JuS 71, S. 349
- Grabitz, Eberhard
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der
Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts
in: AÖR 73 (Bd. 98) S. 568 ff.
- Gröttrup, Hendrik
Die kommunale Leistungsverwaltung
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1973
- Gudian, Gunter
Inanspruchnahme tarifmäßig zu vergütender
Versorgungsleistungen - echter Vertrag oder
nicht ?
in: JZ 67, S. 303 ff.
- Gützkow, Horst
Die Amtshaftung in der neueren Rechtssprechung
und Literatur
in: DÖV 53, S. 290 ff.
- Haas, Diether
Das Verwaltungsprivatrecht im System der
Verwaltungshandlungen und der fiskalische
Bereich
in: DVBl 60, S. 307
- Herbig, Gottfried
Die öffentlichen Einrichtungen im sozialen
Rechtsstaat der Gegenwart
Berlin 1970
- Huber, Ernst Rudolf
Wirtschaftsverwaltungsrecht
"Erster Band" 2. Auflage, Tübingen 1953
"Zweiter Band" Tübingen 1954
- Hurst, Karl
Gemeindeeinrichtungen
16. Kapitel
Zweiter Band, Kommunale Verwaltung
in: HdbKWP, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957
(S. 833 ff.)

XVIII

- Imboden, Max
Der verwaltungsrechtliche Vertrag
Basel 1958
- Ipsen, Hans-Peter
Anmerkung zum Urteil der Bundesverwaltungsgerichts
DVBl 62, S. 134 ff
in: DVBl 62, S. 137 ff.
- Jakob, Wolfgang
Eingriff kommunaler Satzungen in "Freiheit und Eigentum"
in: DÖV 70, S. 666 ff.
- Jauernig, Othmar
Anstaltsnutzung und Minderjährigenrecht
in: NJW 72, S. 1 ff.
- Jecht, Hans
Die öffentliche Anstalt
Diss. jur. Berlin 1963
- Jesch, Dietrich
Gesetz und Verwaltung
2. unveränderte Auflage, Tübingen 1968
- Katholnig, Oskar
Der Haftungsausschluß der Post und die Haftung der Postbediensteten
in: DVBl 60, S. 471
- Klein, Hans H.
Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968
- Knack, Hans-Joachim
Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar
Köln, Berlin, Bonn, München 1976
- Köttgen, Arnold
Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative im Bereich der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung
Göttingen 1961
derselbe: Gemeindliches Satzungsrecht und Grundgesetz
in: DVBl 55, S. 445 ff.
- Kohl, Walter
Die Grundsätze der Posthaftung
in: DÖV 68, S. 722

XIX

- Kottenberg, Kurt
Rehn, Erich
Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
Kommentar
10. Auflage, Siegburg 1972
- Kratzer, J.
Rezension über: Bayerische Kommunalgesetze,
Kommentar von Christoph Masson
in: DVBl 61, S. 603 ff.
- Kreft, Friedrich
Der Eigentumsbegriff des Artikel 14 GG in der
höchstrichterlichen Rechtssprechung
in: JA 76, S. 253 ff.
- Kull, Edgar
Privatrecht als Mittel der Verwaltung
Diss. jur. Heidelberg 1957
- Laforet, Wilhelm
Deutsches Verwaltungsrecht
München 1937
- Larenz, Karl
Methodenlehre der Rechtswissenschaft
3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1975
- Leisner, Walter
Grundrechte und Privatrecht
München 1970
- Lerche, Peter
Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des
Gesetzgebers an die Grundsätze der Erforderlich-
keit und Verhältnismäßigkeit
Berlin, Bonn, Köln, München 1961
- von Loebell, Friedrich Wilhelm
Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
Kommentar
2. Auflage, Wiesbaden 1970
- Lorenser, Hans
Zur Organisationsform kommunaler Betriebe
in: Gemeindewirtschaft und Unternehmerwirtschaft,
Festgabe für Rudolf Johns, Göttingen 1965,
S. 269 ff.
- Ludwig, Wolfgang
Odenthal, Hans
Das Recht der öffentlichen Wasserversorgung
Köln 1976

Ludwig, Wolfgang
Cordt
Stech

Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasser-
versorgung
Frankfurt 1976

Lukas, Rosemarie

Grundrechtsschutz und "Gemengelage" bei der
Benutzung öffentlicher Gemeindeeinrichtungen
in: BayVBl 73, S. 311 ff.

von Mangoldt, Hermann
Klein, Friedrich

Das Bonner Grundgesetz
2. Auflage, unveränderter Nachdruck des
ersten Bandes
Berlin u. a. 1966

Maunz, Theodor
Dürig, Günter
Herzog, Roman
Scholz, Rupert

Grundgesetz Kommentar
München, Stand Mai 1977

Mayer, Otto

Deutsches Verwaltungsrecht
3. Auflage Leipzig, München 1924
Bände 1 und 2

Menner, Friedrich-Christian

Höchststrichterliche Rechtssprechung zum
Verwaltungsrecht
in: VerwArch 62 (Bd. 53) S. 275 ff. und S. 390 ff.
derselbe: Zu den Handlungsformen bei der Vergabe
von Subventionen
in: VerwArch 78 (Bd. 69) S. 93 ff

Mertens, Hans-Joachim

Das Recht auf Gleichbehandlung im Verwaltungs-
privatrecht - BGHZ 29, S. 76
in: JuS 63, S. 396

Metzmacher, Rainer

Der Rechtsschutz gegenüber Gemeindlichen im
Verwaltungsprivatrecht
Diss. jur. Münster 1971

Meyer, Hans

Das neue öffentlich-rechtliche Vertragsrecht
und die Leistungsstörungen
in: NJW 77, S. 1705 ff.

- Naendrup, Peter-Hubert
Privatrechtliche Haftungsbeschränkung und staatliche Verantwortung. Zur Organisationsfreiheit von Staatspersonen in handelsrechtlichen Formen
Bielefeld 1967
- Nitze, Andreas
Die Rechtsstellung der wissenschaftlichen Bibliotheken
Berlin 1967
- Ossenbühl, Fritz
Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht
in: DÖV 71, S. 513 ff.
derselbe: Rechtliche Probleme der Zulassung zu öffentlichen Stadthallen
in: DVBl 73, S. 289 ff.
derselbe: Öffentliches Recht und Privatrecht in der Leistungsverwaltung
DVBl 74, S. 541 ff.
derselbe: Staatshaftungsrecht
München 1976
- Paetzold, Hartmut
Die Abgrenzung von allgemeinem und besonderem Gewaltverhältnis
Diss. jur. Hamburg 1972
- Palandt, Otto
Bürgerliches Gesetzbuch
37. Auflage, München 1978
- Pagenkopf, Hans
Kommunalrecht
2. Auflage
Band 1: Verfassungsrecht
Köln, Berlin, Bonn, München 1975
Band 2: Wirtschaftsrecht
Köln u. a. 1976
- Palder, Helmut
Die Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen in öffentlichen Benutzungsverhältnissen
Diss. jur. Würzburg 1976
- Papier, Hans-Jürgen
Die Forderungsverletzung im öffentlichen Recht
Berlin 1970
- Pappermann, Ernst
Prozessuale Fragen im Rechtsstreit politischer Parteien auf Überlassung gemeindlicher Räume
in: JZ 69, S. 485 ff.
derselbe: Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 21. 8. 1969, DVBl 71, S. 218
in: DVBl 71, S. 219 ff.

- Pestalozza, Christian
 "Formenmißbrauch" des Staates
 München 1973
derselbe: Kollisionsrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht
 in: DÖV 74, S. 188 ff.
derselbe: Privatverwaltungsrecht: Verwaltungsrecht unter Privaten
 in: JZ 75, S. 50 ff.
- Peters, Hans
 Lehrbuch der Verwaltung
 Berlin 1949
- Püttner, Günter
 Das Recht der kommunalen Energieversorgung
 Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
derselbe: Die öffentlichen Unternehmen
 Bad Homburg vor der Höhe, Berlin, Zürich 1969
- Rauball, Johannes u. Reinhard
 Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen
 Kommentar
 2. Auflage, München 1974
- Reform des Staatshaftungsrechts, Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, Staatshaftungsgesetz - Referentenentwürfe
 herausgegeben vom Bundesminister für Justiz und Bundesminister des Innern
 September 1976 (zitiert: RefE)
- Renck, Ludwig
 Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag
 - Bundesverwaltungsgericht NJW 69 S. 809
 in: JuS 71, S. 77 ff.
- Richter, Karl
 Der Ausschluß der Staatshaftung nach Artikel 34 GG
 Diss. jur. München 1968
- Riedel, Manfred
 Haftungsausschluß in der Energieversorgung
 Diss. jur. Köln 1972
- Rüfner, Wolfgang
 Haftungsbeschränkung in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen
 in: DÖV 73, S. 808 ff.
 Replik zu Brehm
 DÖV 74, S. 415
 in: DÖV 74, S. 417
derselbe: Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft
 Berlin 1967

- Rupp, Hans Heinrich
Die Dogmatik des Verwaltungsrechts und die
Gegenwartsaufgaben der Verwaltung
in: DVBl 71, S. 669 ff.
- Salzwedel, Jürgen
Staatsaufsicht in der Verwaltung
in: VVDStRL 65 (Bd. 24) S. 214 ff.
- Schlotke, Helmut
Die hoheitliche Einflußnahme auf die
Empfänger öffentlicher Subventionen
und ihre rechtlichen Grenzen
Diss. jur. Tübingen 1968
- Schmidt-Rimpler, Walter
Artikel: Wirtschaftsrecht
in: HdwbsW (12. Band) S. 686 ff.
Tübingen, Göttingen 1965
- Schmidt-Salzer, Joachim
Allgemeine Geschäftsbedingungen
2. Auflage München 1977
- Schneider, Hans
Die Haftung der Gemeinden für ihre öffentlichen
Anstalten
in: NJW 62, S. 705 ff.
- Scholz, Rupert
Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen
öffentlichen Einrichtungen
Berlin 1967
- Schwabe, Jürgen
Innenrecht und Außenrecht
in: JA 75, S. 45 ff.
- Schwär, Günter
Leistungsstörungen bei der Erfüllung
öffentlich-rechtlicher Leistungspflichten
Diss. jur. Köln 1969
- Schwarze, Jürgen
Haftungsbeschränkung durch gemeindliche Satzung
- BGHZ 61, 7
in: JuS 74, S. 640 ff.
- Siedentopf, Heinrich
Grenzen und Bindungen der Kommunalwirtschaft
Stuttgart 1963
- Simons, Lothar
Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher
Schuldverhältnisse
Berlin 1967

Soergel-Siebert, H. T. und W.

Bürgerliches Gesetzbuch
Band 1: Allgemeiner Teil
10. Auflage, Stuttgart 1967
Band 3: Schuldrecht II
10. Auflage, Stuttgart 1969

von Staudinger, I.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 2: Recht der Schuldverhältnisse
10./11. Auflage, Berlin 1967

Stern, Klaus

Püttner, Günter

Die Gemeindewirtschaft, Recht und Realität
Stuttgart u. a. 1965

Stier-Somlo, Fritz

Handbuch des kommunalen Verfassungsrechts
in Preußen
2. Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig 1928

Stober, Rolf

Die Benutzung öffentlicher Einrichtungen
in: JA 75, S. 737
derselbe: Zur Anwendung des AGB-Gesetzes auf
die öffentliche Hand
in: DÖV 77, S. 398 ff.

Theilacker, Dieter

Die Stellung der Energieversorgungsunternehmen
als Daseinsvorsorgebetriebe im französischen
Recht. Gleichzeitig der Versuch eines Beitrags
zum deutschen Verwaltungsprivatrecht anlässlich
eines Rechtsvergleichs
Diss. jur. Göttingen 1969

Thieme, Werner

Der Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewalt-
verhältnis
in: JZ 64, S. 81

Tiemann, Burkhard

Grundfragen der Staats- und Benutzerhaftung in
öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen
in: VerwArch 74 (Bd. 65) S. 381 ff.
derselbe: Möglichkeiten und Grenzen der Haf-
tungsbeschränkung im verwaltungsrechtlichen Be-
nutzungsverhältnis
in: BayVBl 74, S. 57 ff.

Ulmer, Peter

Brandner, Hans Erich

Hensen, Horst-Diether

AGB-Gesetz Kommentar
Köln 1977

- Volkmar, Dieter
Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt
Berlin 1962
- Wilke, Dieter
Bundesverfassungsgericht und Rechtsverordnungen
in: AöR 73 (Bd. 98) S. 196 ff.
- Wolff, Hans J.
Rechtsformen gemeindlicher Einrichtungen
in: AfK 63, S. 149 ff.
- Wolff, Hans J.
- Bachof, Otto
Verwaltungsrecht Band I
9. Auflage, München 1974
dieselben: Verwaltungsrecht Band II
(Organisations- und Dienstrecht)
4. Auflage, München 1976
- Zuleeg, Manfred
Die Rechtsform der Subventionen
Berlin 1965
derselbe: Gesetz- und Vertragsentwürfe in
juristischen Übungsarbeiten
Fall 5: Die Badeordnung
in: JuS 73, S. 34 ff.

1. Kapitel: Der Untersuchungsgegenstand

A Darstellung des Problems im Zusammenhang

Öffentliche Einrichtungen der Gemeinden bieten den Einwohnern eine Vielzahl von Leistungen an, die teilweise zum täglichen Lebensbedarf gehören. Die Einwohner als Benutzer und die Gemeinde als Träger dieser Einrichtungen stehen daher in engem Kontakt, bei dem beide Teile Schäden erleiden, aber auch verursachen können. Die Frage, welche rechtlichen Maßstäbe in diesem Haftungsgefüge gelten, bildet den Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung. Zu ihrer Klärung muß zunächst der Rechtscharakter des Verhältnisses zwischen Einrichtung und Benutzer bestimmt werden. Da dieser Rechtscharakter wiederum abhängig ist von Organisations- und Handlungsformen der öffentlichen Einrichtungen, stellt sich deren Untersuchung ebenfalls als zwingend notwendig dar. Erst danach lassen sich die Haftungsgrundlagen erkennen, die das Bild der gesetzlichen Haftung bestimmen.

Innerhalb dieser Haftungsfrage soll ein Problem näher beleuchtet werden. Es handelt sich dabei um die Verwendung allgemeiner Bedingungen, mit denen die Gemeinden in zunehmendem Umfang die Benutzung ihrer öffentlichen Einrichtungen regeln und dabei auch die Haftung ansprechen¹⁾. Die Kernfrage der Untersuchung lautet also, ob und in welchem Umfang diese allgemeinen Haftungs-

1) vgl. zu den Einzelheiten das 4. Kapitel der Arbeit

regelungen im Hinblick auf die gesetzlichen Haftungsgrundlagen verbindlich sein können.

Das Problem der Haftungsregelungen in der Form von Haftungsfreizeichnungen in öffentlichen Benutzungsverhältnissen wurde bislang von Rechtsprechung²⁾ und Literatur mehr³⁾ oder weniger⁴⁾ ausführlich behandelt. Dieser Themenkreis kann jedoch noch nicht als endgültig geklärt angesehen werden.

Zum einen hat sich seit Inkrafttreten des AGBG⁵⁾ ein neuer Gesichtspunkt insofern ergeben, als dieses Gesetz nach seinem Wortlaut und Regelungsinhalt auf allgemeine Bedingungen anwendbar ist, vgl. § 1 Abs. 1 AGBG, und deshalb naheliegt, die Frage der Abwendbarkeit auch auf allgemeine Haftungsregelungen der Gemeinde näher zu überprüfen.

Ebenso kann nicht außer Betracht bleiben, daß im gesamten Staatshaftungsrecht in naher Zukunft

-
- 2) vgl. BayVerfGH DÖV 70, S. 488; BayVerwGH BayVBl 60, S. 387 ff.; BGHZ 17, S. 191 ff.; BGH NJW 63 S. 1148; BGHZ 52, S. 325 ff.; BGH NJW 73 S. 2102, teilweise als obiter dicta
- 3) so Palder Diss. v. 1976; Tiemann VerwArch 74 (Bd. 65) S. 381 ff. und BayVBl 74 S. 57 ff.
- 4) vgl. Brehm DÖV 74 S. 415 ff. und Diss. S. 134 bis 136; Dagtolou in: BK Art. 34 Rdnr. 35 ff.; Erichsen VerwArch 74 (Bd. 65) S. 219 ff.; Forsthoff S. 422; Gönnenwein S. 513; Götz JuS 71 S. 349; Hurst HdbKWP II S. 856; Rüfner DÖV 73 S. 810; Schwar Diss. S. 122; Schwarze JuS 74 S. 641 u. die in FN 2 zit. Rspr.; vgl. auch die Nachweise S. 171 ff.
- 5) Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) v. 9. 12. 1976 (BGBl I S. 3317)

eine tiefgreifende Neuregelung zu erwarten ist. Das Gesetzgebungsverfahren befand sich bei Abschluß der Arbeit noch im Stadium der Referentenentwürfe. Die Regierungsvorlage zur Änderung des Staatshaftungsrechts sollte aber noch im Laufe des Jahres 1978 in den Bundestag eingebracht werden. Soweit es angebracht schien, hat die Untersuchung die geplante Neuregelung berücksichtigt.

Zum anderen sind die mit der Lösung des Problems verbundenen Fragen so kontrovers, daß auch mit diesem Beitrag keine abschließende Klärung erwartet werden kann.

B Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

I. Thematische Eingrenzung

1. Das Problem allgemeiner Haftungsregelungen in öffentlichen Benutzungsverhältnissen wird nur in den Beziehungen der Gemeinde zu ihren Einwohnern untersucht, wie sich auch schon aus der anfangs skizzierten Problemstellung ergibt. Ausgeklammert bleiben demnach solche, in denen anderen Leistungsträger der öffentlichen Hand beteiligt sind.
So bietet im staatlichen Bereich die Post Leistungen an. Für die Postbenutzungsverhältnisse

enthält jedoch das Postgesetz⁶⁾ spezielle positiv-rechtliche Haftungsregelungen in den §§ 11 bis 22, die bis in die Einzelheiten regeln, welche Haftungsfolgen bei Schäden eintreten sollen⁷⁾. Auch die Verhältnisse zur Bahn oder anderen staatlichen oder halbstaatlichen Einrichtungen sollen in die Untersuchung nicht einbezogen werden, da hier gerade der für die Gemeindebenutzungsverhältnisse typischen Interessenlage nachgegangen werden soll. Demnach sind auch Beamten-, Richter-, Soldaten-, Strafgefangenen- und Unterbringungsverhältnisse sowie die Beziehungen zwischen Schülern und staatlichen Schulen nicht näher zu untersuchen.

2. Die Untersuchung beschränkt sich auch nur auf die öffentlichen Benutzungsverhältnisse⁸⁾. Die Gemeinde kann aber auch rein fiskalisch handelnd auftreten und dabei Rechtsbeziehungen zu den Einwohnern eingehen. Soweit dabei Benutzungsverhältnisse entstehen, wie z. B. bei der Vermietung von eigenen Wohnungen, wird eine Problemlage angesprochen, die gesonderter Untersuchung bedürfte¹⁰⁾.

6) Gesetz über das Postwesen v. 28. 7. 1969 (BGBl I S. 1006, geändert durch Art. 261 EGStGB v. 2. 3. 1974 BGBl I S. 469) (BGBl III 901/1)

7) vgl. hierzu Kohl DÖV 68 S. 722 und Katholnig DVBl 60 S. 471 ff. m. w. N.

8) vgl. zur Definition die folgenden Ausführungen auf S. 16/17

9) zum Fiskusbegriff vgl. Burmeister DÖV 75 S. 695 ff.

10) vgl. zum Problem der "Fiskalgeltung der Grundrechte" Rübner, Formen, S. 394 m. w. N.

3. Aus den bisherigen Ausführungen und aus der Themenstellung ergibt sich, daß nur die Fragen untersucht werden, die mit allgemeinen Regelungen im Haftungsbereich zusammenhängen. Die sonstigen vielfältigen Regelungsprobleme in diesen Verhältnissen wurden bereits einer gründlichen Überprüfung unterzogen¹¹⁾. So hat Brehm die Benutzungsregelungen gemeindlicher öffentlicher Einrichtungen insbesondere im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Grundrechten, z. B. mit Art. 3 Abs. 1 GG bei der Tarifgestaltung, Art. 13 GG bei dem in einer Benutzungsordnung normierten Recht, Wohnungen zu betreten, Art. 12 GG bei Regelung gewerblicher Sondernutzungen oder Zulassung abhängiger Nebenbetriebe, untersucht¹²⁾.

II. Begriffliche Eingrenzung

Nach der thematischen Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes bedürfen die bereits mehrfach aufgetauchten Begriffe "öffentliche Einrichtung" und "öffentliches Benutzungsverhältnis" näherer Untersuchung und Definition.

11) vgl. vor allem Brehm in seiner Diss. v. 1975

12) vgl. zur Fülle anderer Probleme und deren Lösung Brehm aaO.

1. Bei der Begriffsbestimmung der öffentlichen Einrichtung ist zunächst auf die Verwendung in den Gemeindeordnungen der Länder hinzuweisen, die insoweit die Vorschriften der DGO von 1935¹³⁾ übernommen haben¹⁴⁾. Diese Vorschriften regeln zwar das Benutzungsrecht der Einwohner und den Umfang, in dem öffentliche Einrichtungen errichtet werden können; sie enthalten jedoch keine Definition dieses Begriffs. Demgemäß sind vor allem in der Literatur¹⁵⁾, aber auch in der Rechtssprechung¹⁶⁾ Versuche unternommen worden, den Begriff der öffentlichen

13) Deutsche Gemeindeordnung v. 30. 1. 1935 (RGBl I S. 49 ff.); vgl. auch Forsthoff S. 528

14) vgl. § 10 GO Bawü; Art. 57 Abs. 1 bayGO; § 19 Abs. 1 hessGO; § 2 Abs. 1 ndsGO; § 18 Abs. 1 GO NRW; § 2 rh.-pfl.GO; § 9 saarGO; §§ 18 Abs. 1 u. 2 Abs. 1 GO Schl.-H.; zurückgehend auf die §§ 17, 18 u. 67 Abs. 2 Nr. 2 DGO

15) vgl. die folgenden FN

16) der Rspr. geht es wegen der Frage des Rechtswegs immer noch um die Abgrenzung zwischen der öffentlichen u. privaten Einrichtung, vgl. z. B.: bayVBH, bayVB1 55, S. 59 ff.; OVG Lüneburg OVGE 55 S. 59 ff.; OVG Lüneburg OVGE 25 S. 345 (353, 354); OVG Münster OVGE 24 S. 175 u. DVB1 71 S. 218; der Begriffsteil Einrichtung wird vorausgesetzt, ebenso bei Hurst, HdbKWP II S. 836 u. die Kommentarlit., vgl. z. B. Galette-Laux-von Scheliha § 17 GO Anm. 1 c; von Loebell § 18 GO Anm. 2; Rauball-Rauball § 18 GO Anm. 1

Einrichtung im Sinne der Gemeindeordnungen näher zu fassen. Dem soll hier kein grundlegend neuer Definitionsversuch hinzugefügt werden, da das Phänomen im Grundsatz klar genug umrissen ist. Es bedarf nur einer Formulierung, die in der Lage ist, den Begriff der öffentlichen Einrichtung gegen andere Begriffe, die einen ähnlichen oder teilweise identischen Tatbestand umschreiben, abzugrenzen. Hier soll die Definition von Brehm¹⁷⁾ in modifizierter Form zugrundegelegt werden. Danach ist unter einer öffentlichen Einrichtung eine

statusrechtlich formierte, organisationsrechtlich nicht typifizierte Verwaltungseinheit 18) zu verstehen, die aufgrund öffentlich-rechtlichen Widmungsaktes 19) von der Gemeinde den vom Widmungszweck erfaßten Personen und Personenvereinigungen zur Verfügung gestellt wird 20), um damit

17) vgl. Brehm S. 7

18) zu eng die Definition v. Palder Diss. S. 34, der nicht einmal darlegt, welche Form der Anstalt, rechtsfähige oder nicht-rechtsfähige, er meint u. bestimmte Organisationstypen enumerativ aufzählt, vgl. zur Formenvielfalt der öffentlichen Einrichtungen das 2. Kapitel dieser Arbeit

19) vgl. OVG Münster DVBl 71 S. 218 m. zust. Anm. v. Pappermann S. 219/220; zum Streit, ob die Straßen als öffentliche Einrichtungen anzusehen sind, vgl. unten S. 14 ff.

20) dies kann auch konkludent geschehen, vgl. Hurst HdbKWP II S. 836; vgl. auch OVG Münster OVG 24 S. 175

öffentliche, in den Wirkungskreis der Gemeinde fallende Aufgaben 21) zu erfüllen 22).

- a) Nach dieser Definition lassen sich die öffentlichen Einrichtungen gegenüber anderen, ebenfalls Verwaltungszwecken dienenden Instituten abgrenzen.

Die öffentlichen Sachen im Verwaltungsgebrauch²³⁾, Büroräume, Gebäude, Fahrzeuge etc., unterscheiden sich dadurch von den Einrichtungen, daß sie nur internen Verwaltungszwecken dienen, weil sie keine Widmung zur externen Nutzung erfahren haben²⁴⁾.

-
- 21) der v. Brehm Diss. S. 7 verwendete Zusatz "leistungsrechtlich" ist problematisch, da die Unterscheidung Leistung-Eingriffsverwaltung zunehmend kritisiert wird, vgl. z. B. Gröttrup S. 80 ff., der stattdessen die Begriffe Lenkungs- und Versorgungsverwaltung, S. 89 ff., vorschlägt; auf diese Problematik soll hier nicht näher eingegangen werden, da der Schwerpunkt der Verwaltungstätigkeit im Einrichtungsbereich auf dem Leistungsaspekt liegt, der jedoch auch Eingriffe nicht ganz ausschließt
- 22) vgl. auch Scholz, S. 33 zur Definition der h. M., der diesen "statischen" Begriff aber ablehnt u. stattdessen nur eine "kombinierte Tatbestandsumschreibung" für möglich hält, vgl. S. 244
- 23) vgl. Wolff-Bachof I § 55 I S. 483
- 24) vgl. Frotscher DG 75 S. 137; Pappermann DVBl 71 S. 219, der insoweit die Entscheidung des OVG Münster, DVBl 71 S. 218, kritisiert, die diese Begriffe nicht deutlich genug voneinander unterscheidet

Gegenüber den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch lassen sich die Einrichtungen dadurch abgrenzen, daß jene nur einem bestimmten Kreis durch Widmung zur Nutzung freigegeben, diese aber der Allgemeinheit übergeben werden²⁵⁾.

Ein konkurrierender Begriff zur öffentlichen Einrichtung findet sich in dem der "Anstalt". In der früheren verwaltungsrechtlichen Literatur werden die Einrichtungen der Gemeinden als "Gemeindeanstalten" oder einfach als "Anstalten" bezeichnet²⁶⁾. Auch heute noch wird vielfach in der Verwaltungsrechtsliteratur die öffentliche Einrichtung im Kapitel über das Recht der "öffentlichen Anstalt" behandelt²⁷⁾.

Dieses anstaltsrechtliche Verständnis der öffentlichen Einrichtung darf aber nicht zur Begriffsverwirrung führen, indem man Anstalt und Einrichtung synonym gebraucht²⁸⁾. Der von den Gemeindeordnungen benutzte Terminus öffentliche Einrichtung ist nach der hier vertretenen Definition organisationsrechtlich neutral. Dagegen stellt die öffentliche Anstalt²⁹⁾ einen bestimmten Organisationstyp dar, der in

25) allg. A.: vgl. Forsthoff S. 412

26) vgl. z. B. Stier-Somlo S. 259; Peters S. 113

27) vgl. Wolff-Bachof II § 98, S. 363 ff., insbes. S. 371; vgl. auch die Formulierung bei Forsthoff S. 407 ff.

28) vgl. Herbig S. 13 ff.; nach der Anstaltsdefinition v. O. Mayer II S. 268 wären beide Begriffe auch identisch, vgl. dazu ausführlich unten S. 21 ff.; vgl. auch Brehm Diss. S. 10

29) vgl. Wolff-Bachof II § 98 I a 4, S. 365

zwei Erscheinungsformen, nämlich als rechtsfähige und als nicht-rechtsfähige, anzutreffen ist³⁰⁾. Die öffentliche Anstalt ist somit lediglich eine der möglichen Organisationsformen öffentlicher Einrichtungen³¹⁾. Der Einrichtungsbegriff ist daher weiter als der hier vertretene Anstaltsbegriff und insoweit Oberbegriff³²⁾.

Wie im einzelnen noch darzustellen sein wird³³⁾, ist den Gemeinden in den entsprechenden Vorschriften der Gemeindeordnungen neben der sozialen und kulturellen auch die wirtschaftliche Betreuung der Einwohner durch Errichtung öffentlicher Einrichtungen auferlegt, vgl. z. B. § 18 Abs. 1 GO NRW. Diese Betreuung wird auch durch gemeindliche Unternehmen und Betriebe vorgenommen³⁴⁾. Das Verhältnis dieser Begriffe zur öffentlichen Einrichtung ist daher ebenfalls abzuklären. Der Begriff des Unternehmens wird wesentlich

30) vgl. Wolff-Bachof II § 98 II b, S. 370/371; auch Forsthoff S. 412

31) vgl. dazu ausführlich das 2. Kapitel der Arbeit

32) so auch Wolff-Bachof II § 98 I a, S. 366, insoweit im Gegensatz zu S. 371, wo nur die nicht-rechtsfähigen Anstalten auch als öffentliche Einrichtungen bezeichnet werden, ebenso H. J. Wolff AfK 63 S. 171; wie hier auch Forsthoff S. 542; Palder Diss. S. 35

33) vgl. unten S. 13 ff.

34) vgl. Püttner, Unternehmen, S. 60/61; vgl. ferner H. J. Wolff AfK 63 S. 149

bestimmt durch die wirtschaftliche Arbeitsmethode und Rechnungsführung, die Teilnahme am geschäftlichen Verkehr, Tätigkeit in einem Wirtschaftszweig³⁵⁾ "zur Befriedigung materieller Lebensbedürfnisse mit wirtschaftlicher 'Wertschöpfung'"³⁶⁾ und Eigenständigkeit gegenüber nicht-wirtschaftlicher öffentlicher Verwaltung. Zu einem öffentlichen Unternehmen wird es dadurch, daß die öffentliche Hand Inhaberin und damit Eigentümerin der Unternehmenssubstanz ist³⁷⁾.

Ganz anders wird der Begriffsbestandteil "öffentlich" im Hinblick auf die Einrichtung verstanden. Ob es sich bei einer Einrichtung der Gemeinde um eine öffentliche oder private handelt, richtet sich danach, ob die Gemeinde mit der Errichtung und Unterhaltung einer Einrichtung einen öffentlichen Zweck verfolgt³⁸⁾

35) Aufzählung bei Püttner, Unternehmen, unter 5.: "Ergebnis"

36) vgl. Püttner aaO.

37) vgl. Püttner aaO. u. Anm. 71 mit der zutr. A., daß nicht der "öffentliche Zweck" das Unternehmen zu einem öffentlichen macht, sondern lediglich die Zulässigkeit betrifft; so auch der eindeutige Wortlaut des § 88 Abs. 1 Ziff. 1 GO NRW

38) vgl. OVGrh.-pfl. DÖV 67 S. 169; "nämlich der Daseinsvorsorge"; zur Kritik an diesem von Forsthoff in: "Die Verwaltung als Leistungsträger" Stuttgart u. Berlin 1938, geprägten Begriff insbes. Gröttrup S. 68 ff., insbes. 75 u. 79; zum Begriff der öffentlichen Aufgaben als Staatsaufgaben vgl. Hans-Peter Bull "Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz" Hamburg 1973

und ob sie darüber hinaus den Einwohnern allgemein zur Benutzung übergeben, also gewidmet wurde³⁹⁾ oder nicht. Beide Voraussetzungen müssen nach der oben genannten Definition vorliegen, um die gemeindliche Einrichtung als Öffentliche zu qualifizieren. Die anderen Einrichtungen werden als private bezeichnet, deren Rechtsverhältnisse hier nicht näher untersucht werden, z. B. Mietshäuser, Brauereien, landwirtschaftliche Betriebe, Liegenschaften etc.⁴⁰⁾.

Daraus wird deutlich, daß die Begriffe "Öffentliche Einrichtung" und "Öffentliches Unternehmen" nicht gegeneinander abgegrenzt werden können, da es sich um zwei verschiedene Begriffskategorien handelt⁴¹⁾, nämlich "Wirtschaft" und "Verwaltung", die in diesem Bereich keine Gegensätze, sondern zwei sich überschneidende Kreise bilden⁴²⁾. Dies geht auch aus § 6 Abs. 5 EnWiG⁴³⁾ hervor, wonach ein öffentliches Energieversorgungsunternehmen auch als Öffentliche Einrichtung im Sinne

39) vgl. Brehm Diss. S. 7; Hurst HdbKWP II S. 836; Kottenberg-Rehn § 18 GO Anm. I 3; Rauball-Rauball § 18 GO Anm. 1

40) vgl. Galette-Laux-von Schelika § 17 GO Anm. 1 c; von Loebell § 18 GO Anm. 3; Stober JA 75 S. 737 m. w. Beispielen

41) vgl. Püttner, Unternehmen, S. 62

42) vgl. Metzmacher Diss. S. 38 FN 3 u. S. 122 FN 3; Püttner aaO.; Schmidt-Rimpler Art. Daseinsvorsorge HdwbSW (Bd.12) S. 699; Scholz S. 243; Siedentopf S. 54

43) vgl. unten S. 121 FN 2

des § 17 DGO betrieben werden kann.

Der in diesem Zusammenhang oft genannte Begriff "Betrieb" ist nicht als Rechtsbegriff zu verstehen, der gegen den der öffentlichen Einrichtung abzugrenzen ist. Es handelt sich nur um eine technische Bezeichnung für eine Leistungseinheit⁴³⁾.

- b) Zur Erläuterung des Begriffs der öffentlichen Einrichtung gehört neben der Definition und Abgrenzung auch, ihn durch aufrißartige Darstellung der materiellen Verwaltungsaufgaben auszufüllen.

Vom Gesetz selbst werden die Einrichtungsbereiche der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Betreuung der Einwohner genannt, vgl. z. B. § 18 Abs. 1 GO NRW⁴⁴⁾.

Beispielhaft sollen nur einige der bald unübersehbaren kommunalen öffentlichen Einrichtungen genannt werden.

Im sozialen Bereich werden die Elementarbedürfnisse befriedigt durch Altenhilfsdienste, Volksküchen, Alten-, Jugend- und Studentenwohnheime, Unterkünfte für Obdachlose und Übernachtungsheime für Nicht-Seßhafte. Für die Gesundheitspflege stehen Krankenhäuser, Schwimmbäder und Sportstätten aller Art zur Verfügung.

Aus dem kulturellen Bereich sind vor allem Bibliotheken, Museen, Theater und Tiergärten zu

43) vgl. H. J. Wolff AfK 63 S. 149/151: "Leistungsapparatur"

44) zu den Regelungen in den anderen Bundesländern vgl. oben S.6 FN 14

nennen, aber auch Volkshochschulen und Vorschulen, Kindergärten etc..

Ebenso wichtig sind die Versorgung mit Wirtschaftsgütern, also Strom und Gas, Wasser und Fernwärme sowie die Einrichtungen der gemeindlichen Wirtschaftsförderung⁴⁵⁾.

Viele Einrichtungen lassen sich nicht eindeutig der gesetzlichen Einteilung zuordnen, andere, wie z. B. die öffentliche Wasserversorgung, nehmen mehrere Zwecke gleichzeitig wahr.

Ob zu den öffentlichen Einrichtungen auch die öffentlichen Verkehrsflächen gehören, ist streitig.

Nach überkommener Lehre stehen die öffentlichen Straßen im Gemeingebrauch⁴⁷⁾. Zugang

45) neben der gesetzlichen lassen sich weitere Differenzierungen der Einrichtungs-bereiche vornehmen, z. B. Ordnungs- und Förderungs, personen- und sachbezogene, Personal- und Sacheinrichtungen, so Herbig S. 22 ff.; die Unterscheidung zwischen nutzbaren u. nicht-nutzbaren "Anstalten", vgl. Forsthoff S. 498; Wolff-Bachof II § 98 II f, S. 377 (die mit den "nutzbaren Anstalten" offensichtlich die öffentlichen Einrichtungen im hier definierten Sinne meinen), kann hier nicht nachvollzogen werden, da die öffentlichen Einrichtungen hier bereits als nutzbar definiert sind

47) vgl. Badura JuS 66 S. 17; Brehm Diss. S. 9 (oben); Forsthoff S. 542 mit der Ausnahme einer nicht-öffentlichen Straße der Gemeinde; Frotscher DG 75 S. 137; Kottenberg-Rehn § 18 GO Anm. I 4 (S. 190 unten); Rauball-Rauball § 18 GO Anm. 1; Salzwedel DÖV 63 S. 242 ff.; Wolff-Bachof II § 98 II b 3, S. 371

und Benutzung stehen jedem frei⁴⁸⁾. Nur besondere Arten der Nutzung hängen von einer ausdrücklichen Zulassung, der sogenannten Sondernutzungserlaubnis, vgl. § 8 Bundesfernstraßengesetz, 18 LStrG NRW⁴⁹⁾, ab.

Demgegenüber ist die Ansicht im Vordringen begriffen, auch die Benutzung öffentlicher Verkehrsflächen - Straßen, Wege und Plätze - erfolge nach anstaltsrechtlichen Grundsätzen⁵⁰⁾. Vor allem im innerstädtischen Verkehr sei die Nutzungsmöglichkeit in allen Einzelheiten geregelt. Die Teilnahme am Straßenverkehr sei von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig. Dies betreffe den Fahrer, §§ 2 StVG, 5 ff StVZO, und sein Fahrzeug, §§ 1 StVG, 16ff. StVZO.

Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen. Abgesehen davon, daß auch Fußgänger und andere Verkehrsteilnehmer ohne Zulassung öffentliche Straßen benutzen können, ist der Kreis der Benutzer nicht beschränkt. Dies ist aber eine

48) vgl. § 15 PrALR (zit. nach Forsthoff S. 393); widersprüchlich Palder, vgl. einerseits S. 36, andererseits S. 42, wo er die öffentlichen Straßen unter dem Oberbegriff der öffentlichen Einrichtungen faßt

49) idF v. 1. 10. 1974 (BGBl I S. 2413); Strasengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen v. 28. 1. 1961 (DVBl NRW S. 305)

50) vgl. Bettermann VVDStRL Bd. 21 S. 245; Galette-Laux-von Scheliha § 18 GO Anm. I c; Herbig S. 38 ff., 41; Scholz S. 195 ff., S. 213 u. 217; Thieme JZ 64 S. 81, 83; vgl. aber auch Laforet S. 38

der Voraussetzungen für die Annahme einer öffentlichen Einrichtung, so wie sie oben mit der h. M. definiert wurde^{50a)}.

2. Der zweite zu erläuternde und abzugrenzende Begriff "Öffentliches Benutzungsverhältnis" ist eng mit dem ersten verknüpft. Mit der Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtung kommt ein Benutzungsverhältnis zustande. Da alle öffentlichen Einrichtungen per definitionem nutzbar sind, bleibt nur zu klären, was genau Benutzung bedeutet und wie das Adjektiv "Öffentlich" hier zu verstehen ist.

Der zivilrechtliche Nutzungsbegriff, wie er z. B. in § 987 verwendet und in § 100 BGB definiert wird, läßt sich nur insofern für den Begriff "Öffentliche Benutzung" auswerten, als der Gebrauchsvorteil einer Sache davon erfaßt wird. In der Regel wird dem Benutzer, wie nach der Definition des BGB auch, ein Vorteil zufließen. Dies ist jedoch nicht Voraussetzung, wie sich z. B. bei einer durchaus für den Benutzer nachteiligen Anordnung von Anschluß- und Benutzungszwang ergeben kann. Deshalb soll hier unter Benutzung schlicht Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtung verstanden werden. Dieses Benutzungsverhältnis ist dann ein Öffentliches, wenn eine öffentliche Einrichtung in Anspruch genommen wird, wobei bei der Begriffsbestimmung ungeklärt bleiben kann, ob die Einrichtung Benutzungsbjekt- oder Subjekt dieses Verhältnisses

50a) so im Ergebnis auch Richter Diss. S. 154

ist, wer also an diesem Verhältnis beteiligt ist. An dieser Stelle kann ebenso ungeklärt bleiben, welchen Rechtscharakter dieses Verhältnis hat, insbesondere ob es dem öffentlichen oder privaten Recht zuzurechnen ist⁵¹⁾. Der Begriff des öffentlichen Benutzungsverhältnisses ist in bezug auf die Rechtsstruktur ebenso neutral wie der der öffentlichen Einrichtung.

51) vgl. dazu unten S. 44 ff., insbes. S. 58 ff.

2. Kapitel: Mögliche Rechtsformen bei der Benutzung öffentlicher Einrichtungen

Nachdem die hier entscheidenden grundlegenden Begriffe geklärt und anhand konkreter Beispiele erläutert wurden, soll im folgenden untersucht werden, wie Einrichtung und öffentliches Benutzungsverhältnis in das bestehende Rechtsgefüge einzuordnen sind.

Zum einen interessiert, welche rechtliche Struktur die gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen aufweisen, in welchen Rechtsformen sie errichtet werden können und welchen Regeln das Verhältnis zwischen Gemeinde und ihrer öffentlichen Einrichtung folgt.

Zum andern sind die Rechtsbeziehungen der öffentlichen Einrichtungen zu den Benutzern zu untersuchen. In diesem Zusammenhang stellen sich für die Untersuchung wichtige Fragen danach, welchen Einfluß die Organisationsformen auf den Rechtscharakter dieser Beziehungen ausüben, in welchem Umfang die Gemeinden deren Rechtscharakter prägen können und welche Formen der Gestaltung der Benutzungsverhältnisse, insbesondere im Hinblick auf Haftungsregelungen bestehen.

A Organisationsformen öffentlicher Einrichtungen

Wie schon erwähnt, ist der Begriff der öffentlichen Einrichtung organisationsrechtlich neutral. Die Untersuchung der möglichen Organisationsformen

hat zunächst die Unterscheidung in Formen des öffentlichen und des privaten Rechts, die beide im gemeindlichen Bereich zu finden sind, zu berücksichtigen. Innerhalb dieser grundsätzlich verschiedenen Rechtskreise trifft man unterschiedlich strukturierte und organisierte Gebilde an, die jeweils zu einer Einheit zusammengefaßt sind¹⁾.

Die Darstellung der verschiedenen Organisationsformen kann anhand unterschiedlicher systematischer Kategorien erfolgen²⁾. Ausgerichtet am Zweck, dem die Untersuchung der möglichen Organisationsformen für die vorliegende Arbeit dient, sind Formen des öffentlichen und des privaten Rechts getrennt darzustellen³⁾, da damit auch die beiden in Betracht kommenden Handlungsformen korrespondieren^{3a)}.

1) ein Verwaltungszweck kann nur dann erfüllt werden, wenn zuvor eine Organisation geschaffen wurde. vgl. Rüfner, Formen, S. 235

2) vgl. dazu ausführlich Wolff-Bachof II § 71 III S. 6 ff., z. B. Verwaltungshandeln in unmittelbaren u. mittelbaren Formen, Einteilung nach den Verwaltungszwecken, kulturell, sozial, wirtschaftlich, etc., vgl. dazu auch Scholz S. 27/28 m. w. N.

3) so auch die Einteilung v. Forsthoff S. 412; Pagenkopf Bd. 2 S. 159 ff. u. 176 ff.

3a) ungeachtet der Frage, inwieweit den Gemeinden überhaupt eine Wahl offen steht; vgl. dazu die Ausführungen auf S. 58 ff. unten

I. Formen des öffentlichen Rechts

Eine allgemeine öffentlich-rechtliche Organisationsform fehlt⁴⁾. Die Gemeinden müssen sich daher der Rechtsformen bedienen, die allgemein im öffentlich-rechtlichen Bereich zur Verfügung stehen.

1. Wie oben schon angedeutet, bietet sich in der öffentlich-rechtlichen Anstalt eine Verwaltungseinheit, durch die typischerweise Verwaltungsaufgaben wahrgenommen werden, wobei rechtsfähige und nicht-rechtsfähige Anstalten zu unterscheiden sind.

Es wird zwar bestritten, daß die öffentliche Anstalt als eigenständige Rechtsform anzusehen sei⁵⁾.

Dem steht jedoch der eindeutige Wortlaut der Vorschriften über Verwaltungsorganisation, vgl. z. B. §§ 18, 21 LOG NRW⁶⁾, und Verwaltungsverfahren, vgl. § 1 Abs. 1 Ziff. 1 VwVfG⁷⁾, entgegen, wonach die Öffentliche Anstalt neben den eigenständigen Rechtsformen der Körperschaft und der Stiftung des öffentlichen Rechts genannt wird (vgl. auch § 89 BGB).

4) dies stellt auch Rüfner, Formen, S. 253 fest

5) vgl. Jecht S. 81, der den Begriff der Anstalt "nicht als Rechtsform", sondern "in der Anstalt einen funktional bestimmten Organisationstyp verkörpert" sieht; vgl. auch Herbig S. 15/16 u. 20

6) Gesetz über die Organisation der Landesverwaltung - Landesorganisationsgesetz v. 10. 7. 1962 (GV NRW S. 421)

7) VwVfG v. 25. 5. 1976 (BGBl I S. 1253 ff.)

Im übrigen versteht auch die ganz h. M. die Öffentliche Anstalt als Rechtsbegriff und bezeichnet damit die bestimmte Organisation einer Verwaltungseinheit⁸⁾. Allerdings handelt es sich dabei nicht um ein einheitliches, sondern äußerst vielseitiges Organisationsmodell, das im einzelnen gravierende Unterschiede in der organisatorischen Verselbständigung zuläßt bis hin zur Entwicklung einer eigenen Rechtspersönlichkeit, der rechtsfähigen Anstalt⁹⁾.

- a) Die unselbständigste Form findet man in der nicht-rechtsfähigen Anstalt¹⁰⁾. Sie bietet einen großen Spielraum für unterschiedliche organisatorische Ausprägungen¹¹⁾ und kann

8) vgl. Becker, Art.: Anstalten des öffentlichen Rechts in HdbDSW I (1956) S. 208 ff.; Forsthoff S. 493 ff.; Püttner, Unternehmen, S. 61; Rüfner, Formen, S. 242; ausdrücklich auch Wolff-Bachof II § 98 I a 4, S. 365; vermittelnd Gröttrup S. 168, der zwei Anstaltsbegriffe, einen formalen u. einen materiellen, gelten lassen will

9) vgl. Rüfner, Formen, S. 242; Wolff-Bachof II § 98 II b, S. 370/371; nicht ganz klar Püttner, Unternehmen, S. 59/60 u. 102; Scholz S. 200

10) vgl. Gröttrup S. 168

11) deshalb auch Zweifel bei Rüfner, Formen, S. 252, der der "unqualifizierten Anstalt" jedenfalls als Organisationsform keine rechtliche Bedeutung zumißt; wie hier aber Gröttrup aaO.

deshalb als Basismodell für mehrere verschieden stark differenzierte öffentlich-rechtliche Organisationsmodelle gelten und stellt quasi den Grundtatbestand öffentlicher Organisationsformen dar¹²⁾.

Dieser Rechtsform bedient sich die Gemeinde vor allem bei der Errichtung von Einrichtungen, die kulturellen, sozialen oder gesundheitlichen Aufgaben dienen sollen¹³⁾.

- b) Einer Erklärung bedarf in diesem Zusammenhang auch die organisationsrechtliche Einordnung des Regiebetriebs. Er besitzt keine eigene Rechtspersönlichkeit, sondern bildet organisatorisch eine Abteilung der allgemeinen Verwaltung¹⁴⁾. Als eigenständige Organisationsform, neben Anstalt, Stiftung und Körperschaft des öffentlichen Rechts, kann er aber nicht gelten. Der Form nach handelt es sich um eine nicht-rechtsfähige öffentliche Anstalt, wobei der Begriff des Regiebetriebs

12) vgl. Gröttrup S. 168 FN 97, der zutreffend den Vergleich mit der BGB-Gesellschaft als einfacher Rechtsform des Privatrechts anstellt; von eigener Organisationsform geht auch H. J. Wolff in AfK 63 S. 159 aus; so auch die h. M.: vgl. Forsthoff S. 495 FN 1; Richter Diss. S. 150 ff., insbes. FN 4; Scholz S. 28

13) vgl. Gröttrup S. 170; Wolff-Bachof II § 98 II b 3, S. 371, die sie deshalb fälschlicherweise und insoweit widersprüchlich auch mit dem Begriff "öffentliche Einrichtung" gleichsetzen

14) vgl. Pagenkopf Bd. 2 S. 160

nur zur Kennzeichnung des unternehmens- und gemeindewirtschaftlichen Aspekts dient, der hier jedoch unbeachtet bleiben kann¹⁵⁾. Weitgehend werden nicht-wirtschaftliche Unternehmen¹⁶⁾ in Form des Regiebetriebs geführt.

- c) Eine stärkere Verselbständigung gegenüber dem Regiebetrieb hat die nicht-rechtsfähige Anstalt durch die Form des Eigenbetriebs erfahren¹⁷⁾. Die Ausgliederung und Verselbständigung geht aber auch hier nicht so weit, als daß dem Eigenbetrieb eigene Rechtspersönlichkeit verliehen würde¹⁸⁾, wenngleich auf der Grundlage der Eigenbetriebsverordnung von 1938¹⁹⁾ in fast allen Bundesländern Vorschriften über die Führung der Eigenbetriebe erlassen wurden²⁰⁾.

15) vgl. zu den Grundsätzen der Rechnungsprüfung des Regiebetriebs Pagenkopf Bd. 2 S. 160/161; zum unternehmensrechtlichen Aspekt vgl. Püttner, Unternehmen, S. 99/100; Rüfner aaO.; Gröttrup S. 170: "Ursprünglich waren auch hier einfache Anstaltsformen gebräuchlich, für die sich die Bezeichnung Regiebetrieb einbürgerte."

16) Beispiele bei Rüfner aaO.

17) vgl. Jecht S. 53; Metzmacher Diss. S. 39; Siedentopf S. 56 ff. m. w. N.

18) vgl. Gröttrup S. 170/171; Püttner, Unternehmen, S. 100; ders., Energieversorgung, S. 60 ff. m. w. Einzelheiten; Pagenkopf Bd. 2 S. 161/162; Rüfner, Formen, S. 237

19) Eigenbetriebsverordnung v. 21. 11. 1938 (RGBl I, S. 1650 ff.)

20) vgl. z. B. BaWüEigbG v. 19. 7. 1962 (GBl S. 67); hessEigbG v. 9. 3. 1957 (GVBl S. 19 ff.) Eig.VO NRW v. 23. 12. 1953 (GVBl S. 435); Rh.-Pf.Eig.VO v. 23. 4. 1965 (GVBl S. 81)

Innerhalb der verschiedenen Ausprägungen nicht-rechtsfähiger Anstalten weist der Regiebetrieb die größte organisatorische Selbständigkeit auf und steht auf der Grenzlinie zur rechtsfähigen Verwaltungseinheit²¹⁾.

- d) Die rechtsfähigen öffentlichen Anstalten zeichnen sich durch große Selbständigkeit aus, bedingt durch rechtliche und organisatorische Selbständigkeit vom Anstaltssträger. Zwar ist dessen Einfluß zunächst durch die Entscheidung über die Gründung und durch die Bestellung der Hauptorgane gegeben²²⁾. Dieser Einfluß ist aber nur mittelbar. Deshalb stellt Gröttrup²³⁾ zu Recht fest, daß diese Organisationsform die größte Autonomie unter sämtlichen Organisationsformen des Gemeinderechts genießt²⁴⁾. Dabei ist vor allem bemerkenswert, daß die in die Anstaltsorgane entsandten Gemeindevertreter an Weisungen nicht gebunden sind. Wie noch zu zeigen sein wird, bestehen bei den anderen Rechtsformen, insbesondere auch des Privatrechts, größere Einflußmöglichkeiten²⁵⁾. Von daher ist auch zu

21) vgl. Gröttrup S. 172, der auch für diese Rechtsform eine Parallele zum privaten Gesellschaftsrecht zieht und den Eigenbetrieb mit der OHG vergleicht

22) vgl. Wolff-Bachof II § 98 b 1, S. 370

23) vgl. Gröttrup S. 174

24) so auch Rüfner, Formen, S. 245 in bezug auf die Bankanstalten; vgl. auch Herbig S. 20

25) vgl. unten S. 36 ff; vgl. dazu insbesondere Nesselmüller, Günter "Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften" Siegburg 1976

verstehen, daß diese Rechtsform im gemeindlichen Einrichtungswesen keine große praktische Bedeutung erlangt hat²⁶⁾. Dafür ist aber auch noch verantwortlich, daß die Gründung in jedem Fall gesetzlicher Grundlage²⁷⁾ bedarf und insoweit der Verwendung der Organisationsform auch rechtliche Grenzen gesetzt sind.

2. Neben der, wie aufgezeigt, sehr differenzierten Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt mit verschiedenen Graden der Selbständigkeit kommt als mögliche Rechtsform noch die der öffentlich-rechtlichen Körperschaft in Betracht. Da hier ausschließlich das kommunale Einrichtungswesen untersucht wird, kann diese Rechtsform, die sich von der rechtsfähigen Anstalt durch die mitgliedschaftliche Organisation unterscheidet²⁸⁾, nur durch einen Zusammenschluß mehrerer Mitglieder gebildet werden. Für das Bedürfnis der Gemeinde, sich zur Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe mit einer oder mehreren Gemeinden zusammenzuschließen, um die Effektivität und Wirtschaftlichkeit gerade bei kleineren Gemeinden zu steigern, stellt das öffentliche Recht den Zweckverband als Körperschaftsform des öffentlichen Rechts bereit²⁹⁾. Ebenso wie die

26) idF d. Bekanntm. v. 19. 12. 197 (GV NW 75 S. 91); vgl. dazu Gröttrup S. 174 FN 132 m. Benennung einer Ausnahme; Püttner, Unternehmen, S. 102; Rübner, Formen, S. 242; vgl. auch Wolff AfK 63 S. 171

27) vgl. Forsthoff S. 502/503; Rübner, Formen, S. 243; Wolff-Bachof II § 98 III S. 379

28) vgl. Rübner, Formen, S. 240; zum Wesen der Körperschaft: Forsthoff S. 485 ff. insbes. S. 486

29) vgl. Wolff-Bachof II § 91 I, S. 278/279 m. Parallelen zur privatrechtlichen Personalgesellschaft; vgl. ferner Pagenkopf Bd. 1 S. 195

Gründung anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts bedarf der Zweckverband einer gesetzlichen Ermächtigung³⁰⁾.

Die Tatsache, daß mehrere Gemeinden, Gemeindeverbände, andere Verwaltungsträger und sogar Privatpersonen Mitglieder eines Zweckverbandes werden können³¹⁾, ändert nichts daran, daß auch der Zweckverband öffentliche gemeindliche Einrichtung im hier verstandenen Sinne bleibt.

3. Die öffentlich-rechtliche Stiftung ist schließlich eine weitere selbständige Rechtsform mit eigener Rechtspersönlichkeit. Trotz der Gemeinsamkeiten mit der öffentlich-rechtlichen Anstalt, z. B. bei der Entstehung der Stiftung durch Hoheitsakt, den sogenannten Stiftungsakt³²⁾, unterscheidet sie sich doch insofern von ihr, als Aufbau und Verwaltungshandeln allein durch die Eigenart des Stiftungsvermögens determiniert sind³³⁾.

30) die erste Kodifikation des Zweckverbandsrechts erfolgte durch das Reichszweckverbandsgesetz v. 7. 6. 1939 (RGBl I S. 979), das heute noch in Niedersachsen und im Saarland gilt; die anderen Länder haben eigene gesetzliche Grundlagen geschaffen, vgl. z. B. das Gesetz über kommunal Gemeinschaftsarbeit v. 26. 4. 1971 v. Nordrhein-Westfalen (GV NRW S. 190)

31) vgl. die Regelung in § 4 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 4 Abs. 1 des KGAG NRW (FN 129); vgl. auch Pagenkopf Bd. 1 S. 195/196

32) vgl. Wolff-Bachof II § 103 II a, S. 474

33) vgl. Forsthoff S. 506 ff.; Rüfner, Formen, S. 240

Im kommunalen Bereich spielt diese öffentlich-rechtliche Organisationsform heute keine Rolle mehr, weil der Gesetzgeber - von wenigen Ausnahmen abgesehen³⁴⁾ - die Errichtung solcher Stiftungen nicht vorgesehen hat³⁵⁾.

II. Formen des Privatrechts

Neben den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen machen die Gemeinden bei der Errichtung ihrer öffentlichen Einrichtungen auch von Gesellschaftsformen des bürgerlichen Rechts Gebrauch. Bevor die einzelnen Formen dargestellt werden, soll kurz auf die Frage der Zulässigkeit ihrer Verwendung durch die Gemeinde als Teil der öffentlichen Verwaltung eingegangen werden.

1. Läßt die Verwendung öffentlich-rechtlicher Organisationsformen durch die öffentliche Hand keinerlei Zulässigkeitsprobleme aufkommen, so kann dies für die Formen des Privatrechts nicht ohne weiteres gelten.

34) vgl. Jecht S. 31 in FN 29 m. Verweis auf Ebersbach, Harry: "Die Stiftung des öffentlichen Rechts" Göttingen 1961, S. 22; vgl. auch die Regelung in Bayern, Art. 1 Abs. 2 Stiftungsgesetz v. 26. 11. 1954 (GVBl S. 301)

35) vgl. Jecht aaO.; Rüfner, Formen, S. 246/247

Von der h. M.³⁶⁾ wird die Verwendung der Formen des Privatrechts auch bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben für zulässig erachtet. Ausgehend von der Doppelnatur des Staates als Hoheitsträger einerseits und Privatrechtssubjekt in Gestalt des "Fiskus"³⁷⁾ andererseits wird die Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen durch die Gemeinden aus der gemeindlichen Organisationsgewalt begründet.

Diese "Wahlfreiheit" des Staates wird vor allem von Pestalozza entschieden abgelehnt³⁸⁾. Nach seiner Ansicht ist der Staat an das öffentliche Recht als zwingendes Sonderrecht gebunden³⁹⁾.

36) vgl. vor allem Scholz S. 22/23 m. äußerst zahlreichen N. in FN 31; darüber hinaus Emmerich, Volker: "Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen" Bad Homburg 1969, S. 186; Grött-rup S. 181; Ossenbühl DVBl 73 S. 289; Püttner, Unternehmen, S. 125 ff. m. kurzer Skizzierung der verfassungsrechtlichen Grundlagen und der Entwicklung seit 1871; Rüfner, Formen, S. 253; nicht ausdrücklich auf Organisationsformen bezogen: Riedel S. 10; Kull Diss. S. 35; für eine Trennung auch im Bereich der "Daseinsvorsorge" Forsthoff S. 410, 412, auch dort FN 2; vgl. zur Rspr.: bayVerfGH DÖV 60 S. 833; so auch schon RGZ 167 S. 315

37) vgl. Püttner, Unternehmen, S. 128/129; vgl. zum Stand der Diskussion um den Fiskusbegriff: Burmeister DÖV 75 S. 695

38) vgl. Pestalozza S. 167, vor allem die polemische Passage in FN 101, in der er die staatliche "Selbstbedienung auf dem Supermarkt privatrechtlicher Gestaltungsformen" anprangert; vgl. auch Naendrup S. 83 ff.; Rupp DVBl 71 S. 695

39) vgl. Pestalozza S. 172 ff. m. Hinw. auf das Handelsrecht als Sonderrecht des Kaufmanns, S. 176; ders. DÖV 74 S. 188 ff. u. JZ 75 S. 53

Auf irgendwelche "Organisationsakte" der Behörde, mit der sie eine Sache öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu qualifizieren suche, könne es nicht ankommen⁴⁰⁾.

Nach der Ansicht von Bullinger ist dagegen die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht aufzugeben⁴¹⁾. Es sei auf die konkrete Aufgabe und Stellung mehr abzustellen als auf die formelle Zuordnung der Organisationsformen zum öffentlichen oder privaten Recht. Diese auf dem geltenden Recht beruhende Zweiteilung im rechtswissenschaftlichen Verständnis müsse durch ein Gemeinrechtsdenken überwunden werden. Insbesondere auf die Wahl zwischen den verschiedenen - in herkömmlichen Kategorien - öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Organisationsformen solle die Verwaltung nur nach der besseren rechtstechnischen Eignung für den konkreten Zweck entscheiden und keiner zweckwidrigen rechtlichen Auswahlbeschränkung unterliegen⁴²⁾. Insofern unterscheidet er sich grundlegend von Pestalozza, der gerade das Gegenteil will. Bullinger meint, die von ihm vorgeschlagene Gemeinrechtsidee werde auf Dauer auch auf die Gesetzgebung nicht ohne Einfluß bleiben.

40) vgl. S. 180, insbes. FN 125, mit dem Bemerkten, die "mysteriöse Wirkung des behördlichen 'Organisationsaktes'" sei nie restlos erklärt worden und lege den "Verdacht einer Verlegenheits-'Lösung' nahe"

41) vgl. Bullinger, zum Organisationsrecht vor allem S. 90 ff.

42) vgl. Bullinger S. 93

Diese Prognose, 1967 gestellt, hat sich nicht erfüllt. Nach wie vor denken Verwaltungsrechtswissenschaft⁴³⁾, Rechtssprechung⁴⁴⁾, Gesetzgebung und vor allem die Verwaltungspraxis in den beiden grundsätzlich voneinander zu trennenden Rechtskreisen. Trotz der vielfältigen Berührungspunkte und Überlagerungen von öffentlichem und privatem Recht, z. B. bei entsprechender Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse⁴⁵⁾, bleibt die Unterscheidung sinnvoll und notwendig. Man kann weder im Zivilrecht noch im Verwaltungsrecht auf die vielfältigen und aufgrund einer langen Entwicklung gewonnenen dogmatischen und rechtspraktischen Erkenntnisse verzichten. Viele diese Errungenschaften, z. B. die AGB-Rechtssprechung im Zivilrecht und die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts, haben durch ihre Fassung in Gesetzesform, so das AGBG und das VwVfG, eine formalgesetzliche Fixierung gefunden. Sie wären zwar in Teilbereichen auch für ein Gemeinrechtsverständnis nutzbar zu machen, es ist aber nicht zu verkennen, daß die einzelnen Institute jeweils in dem einen oder anderen Rechtskreis entwickelt wurden und deshalb in jedem Fall seine Besonderheiten implizieren. Deshalb kommt

43) vgl. statt aller Forsthoff S. 312 ff. m. der Darstellung der - an dieser Stelle - nicht interessierenden Abgrenzungstheorie m. w. N. auf S. 113 FN 2

44) vgl. BverwG DVBl 71 S.111 f.; Ger.Hof. f. Komp.Konfl. b. BayOLG DVBl. 75 S. 370 f.; OVG Berlin JR 76 S. 216 f.

45) vgl. dazu vor allem S. 103 unten für entsprechende Anwendung der Haftungsbestimmungen der §§ 276, 278 BGB

eine ungeprüfte Anwendung nicht in Betracht. Muß aber ohnehin jeweils bestimmt werden, ob das zur Verfügung stehende rechtliche Argumentations- und Entscheidungsinstrumentarium überhaupt anwendbar ist oder nicht oder nur modifiziert, so wird damit der Rechtsfindungs- und Anwendungsprozeß unnötig belastet. Die weitaus meisten Fälle sind völlig unproblematisch dem einen oder anderen Rechtskreis zuzuordnen. Hier sind die bewährten Grundsätze maßgeblich. Nur in den Fällen, in denen sich eine Alternative, z. B. öffentliche oder privatrechtliche Organisationsform, anbietet, stellt sich die Frage der Wahl und Einordnung. Es ist aber wenig sinnvoll, ein bewährtes Rechtssystem nur wegen der problematischen Fälle aufzugeben, um damit neue, noch völlig ungelöste Probleme zu schaffen. Deshalb ist die Ansicht Bullingers abzulehnen⁴⁶⁾.

Aber auch Pestalozza kann mit der völligen Ablehnung privatrechtlicher Handlungsformen für die Öffentliche Hand nicht überzeugen. Zum einen beruht die Benutzung von Rechtsformen des Privatrechts insbesondere durch die Kommunen auf einer langen Tradition⁴⁷⁾, die durch das geltende Recht untermauert wird⁴⁸⁾. Zum andern ist der "Mißbrauch" den Pestalozza durch die Wahl der privatrechtlichen Form sieht, nach dem heutigen Stand der Verwaltungsrechtswissenschaft nicht gegeben. Die Gemeinde

46) so im Ergebnis auch Gröttrup S. 101

47) vgl. Püttner, Unternehmen, S. 125 ff.; vor allem auch Hans-H. Klein: "Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb" Stuttgart u. a. 1968 S. 119 ff.

48) vgl. Bullinger S. 93; vgl. auch Frotscher, Ausgestaltung, S. 10, der gegenüber Bullinger auf das geltende Recht verweist

kann sich auch bei der Wahl dieser Rechtsformen ihrer öffentlich-rechtlichen Bindungen, insbesondere der Geltung der Grundrechte, nicht entziehen⁴⁹⁾. Deshalb ist die Frage, in welcher Organisationsform die zu errichtende öffentliche Einrichtung ihre Aufgabe am besten wahrnehmen kann, nur noch an der Zweckmäßigkeit orientiert⁵⁰⁾. Vor allem ist mit der Wahl der Organisationsform noch keine Entscheidung darüber getroffen, ob die Rechtsbeziehungen zum Benutzer dem öffentlichen oder privaten Recht zuzuordnen sind⁵¹⁾.

2. Eine Schranke bei der Wahl privatrechtlicher Organisationsformen ergibt sich noch daraus, daß nach allgemeinem Kommunalrecht⁵²⁾ die Haftung der Gemeinde bei der Beteiligung an einem "wirtschaftlichen Unternehmen" auf einen bestimmten Betrag beschränkt bleiben muß. Somit scheiden von vorn herein aus Rechtsgründen die OHG, KG und andere Formen der Personalgesellschaften des Privatrechts aus, in denen zumindest ein Gesellschafter unbe-

49) vgl. Scholz S. 22; so auch schon Kull Diss. S. 56

50) vgl. Scholz aaO.: "Der gewählten Rechtsform kommt lediglich formale und technische Bedeutung zu."

51) vgl. dazu unten S. 58 ff.

52) vgl. § 104 Abs. 1. Nr. 3 BaWüGO; Art. 91 Abs. 1 Ziff. 3 BayGO; § 122 I HessGO; § 110 I IndsGO; § 90 Abs. 1 GO NRW; § 87 I GO Rh.-Pf.; § 107 I Ziff. 2 saarGO. § 103 I schl-hGO; die Reichshaushaltsordnung v. 31. 12. 1922 (RGBl 23 II S. 17) kannte noch das Enummerationsprinzip u. zählte die zulässigen Unternehmen in § 48 Abs. 1 u. Abs. 5 auf, nämlich AG, KGaA, GmbH, Erwerbs- u. Wirtschaftsgenossenschaft mbH, geändert durch Bundshaushaltsordnung v. 19. 8. 1969 (BGBl I S. 1284)

schränkt haften muß. Zwar kann sich die Gemeinde als Kommanditistin an einer KG⁵³⁾ oder als stille Gesellschafterin an einer stillen Gesellschaft (vgl. §§ 335, 337 Abs. 2 HGB) beteiligen. Diese Beteiligungsform läßt jedoch keine aktive Beeinflussung zu, so daß sie bei den öffentlichen Einrichtungen keine Rolle spielen kann⁵⁴⁾.

Als zulässige Formen des Privatrechts spielen somit die Kapitalgesellschaften bei den öffentlichen Einrichtungen eine große Rolle, insbesondere GmbH und AG⁵⁵⁾. Diese Organisationsformen finden sich nicht nur bei wirtschaftlichen Unternehmen, soweit sie öffentliche Einrichtungen sind⁵⁶⁾, sondern zulässigerweise auch bei anderen Einrichtungen. So werden z. B. auch Krankenhäuser, Theater, Museen etc. als GmbH oder AG betrieben⁵⁷⁾. Vor allem aber finden diese beiden Gesellschaftsformen neben den Eigenbetrieben im Versorgungsbereich Anwendung⁵⁸⁾.

Zwischen beiden Gesellschaftsformen gibt es keine prinzipiellen Unterschiede⁵⁹⁾. Welche Form im

53) vgl. z. B. das Urt. d. OLG Hamburg MDR 69 S. 677 ff., bei dem eine öffentliche Einrichtung in Form einer KG verklagt wurde

54) vgl. Gröttrup S. 181; Pagenkopf Bd. 2 S. 178

55) vgl. Gröttrup S. 182; Rüfner, Formen, S. 253

56) vgl. oben S. 11 und Püttner, Energieversorgung, S. 80 (unten)

57) vgl. Rüfner aaO.; vgl. auch Zeiß HdbKWP III S. 651

58) vgl. Püttner, Energieversorgung, S. 82; ders., Unternehmen, S. 103

59) vgl. Gröttrup S. 182; Püttner, Energieversorgung, S. 54; dabei bleiben die gemeindeförmigen wirtschaftlichen und gesellschaftsrechtlichen Aspekte als hier unerheblich außer Betracht

Einzelfall geeigneter ist, hängt wesentlich auch von der Größe des Unternehmens ab. Bei größeren Einrichtungen überwiegt die Form der AG, bei kleineren scheidet sie wegen der Kompliziertheit und des erforderlichen Mindestkapitals aus⁶⁰⁾.

Größer sind die Unterschiede zwischen den Eingengesellschaften und den sogenannten gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen. Dies resultiert aus der Form der Kapitalbeteiligung, was wegen der Struktur der Kapitalgesellschaften auch auf die Form der Einflußnahme durchschlägt.

An dieser Stelle wird ein Problem deutlich, das sich aus der Selbständigkeit der Kapitalgesellschaften ergibt, die als juristische Personen des Privatrechts eigene Rechtspersönlichkeit besitzen und aus der Sicht des Benutzers eigenständig neben die Gemeinde treten. Die Frage stellt sich daher, ob diese Gesellschaften noch Einrichtungen der Gemeinde und ob sie öffentliche sein können.

Ossenbühl⁶¹⁾ akzeptiert die Selbständigkeit der öffentlichen Einrichtung, auch wenn sie sich ausschließlich in privater Hand befinde und keine Einflußnahme der Gemeinde möglich sei. Ausschlaggebend sei allein der öffentlich-rechtliche Widmungsakt der Gemeinde, der zu einer gewissen Verstrickung des Unternehmens führe und damit die "Öffentlichkeit" begründe. Es sei im übrigen schwer zu bestimmen, welches Maß an Einflußnahme erforderlich sei, um noch von einer öffentlichen

60) vgl. Gröttrup S. 182; Püttner, Energieversorgung, S. 54

61) vgl. DVBl 73 S. 293/294

Einrichtung der Gemeinde sprechen zu können; dies sei vor allem für den Benutzer schwer zu durchschauen, der damit benachteiligt werde.

62 a)

Die wohl h. M. vertritt dagegen die Auffassung, daß nur solche selbständigen Gesellschaften als öffentliche Einrichtungen der Gemeinde angesehen werden könnten, auf die die Gemeinde bestimmten Einfluß ausüben könne. Die Art der Einflußnahme könne verschieden sein. Es komme entscheidend darauf an, daß der Benutzer der Einrichtung so gestellt werde, als bezöge er die Leistung direkt von der Gemeinde.

Mit der h. M. ist davon auszugehen, daß es schwerfällt, von einer öffentlichen Einrichtung der Gemeinde zu sprechen, wenn diese überhaupt keine Einflußmöglichkeit hat, um den Widmungszweck gegenüber der selbständigen Einrichtung durchzusetzen⁶²⁾. Die Widmung selbst bewirkt gar nichts, wenn der Erfüllung des Widmungszwecks, der Überlassung zur allgemeinen Benutzung, nicht durch unmittelbaren Eingriff durch die Gemeinde Nachdruck verliehen werden kann. Deshalb kann Ossenbühl nicht gefolgt werden, wenn er es für vorteilhaft hält, sowohl die Gemeinde als auch die selbständige Einrichtung, also auch einen privaten Unternehmer, auf Zulassung in Anspruch nehmen zu können. Es sollte erst gar nicht dazu kommen können, daß die selbständige Einrichtung die Benutzung gegen den Willen der Gemeinde verweigern kann, da

62) dies hat nichts mit dem Possessivpronomen "der" zu tun, sondern mit der Zurechenbarkeit, vgl. dazu auch Ossenbühl aaO.

62 a) vgl. OVG Lüneburg DVBl. 64 S. 365; Pappermann JZ 69 S. 289; Scholz S. 27 m. w. N.

im allgemeinen erwartet werden darf, daß sich die Gemeinde an ihre öffentlich-rechtliche Verpflichtung hält. Deshalb muß die Gemeinde im Verhältnis zum Einwohner in bezug auf den Benutzungsanspruch auch für selbständige Einrichtungen als ihre "Erfüllungsgehilfen"⁶³⁾ eintreten können.

- a) Bei den Eigengesellschaften sind sämtliche Gesellschaftsanteile in der Hand der Gemeinde vereinigt^{63a)}. Zur Gründung kann sie sich dabei der Hilfe von Stroh Männern bedienen, wobei die Gründung einer AG die Beteiligung von fünf (§ 2 AktG), die der GmbH von mindestens zwei Personen (§ 5 Abs. 2 GmbHG) voraussetzt.

Der Einfluß der Gemeinde auf die Geschäftsführung ist zunächst durch die Entsendung von Mitgliedern der Gemeindeverwaltung in die Organe der Gesellschaften, Vorstand, Aufsichtsrat, Hauptversammlung bei der AG, und durch Bestellung eines oder mehrerer Geschäftsführer aus diesem Kreis bei der GmbH gewahrt⁶⁴⁾.

Der Geschäftsführer der GmbH kann über § 37 Abs. 1 GmbHG an die Weisungen der Gemeinde als Gesellschafterin gebunden werden. Zudem gibt § 38 GmbHG die Möglichkeit, den Geschäftsführer ohne weiteres abzuberufen. Der Einfluß der Gemeinde ist unschwer zu erkennen.

63) so richtig Scholz S. 27; auf diese Frage wird noch einmal im Zusammenhang mit der Bestimmung des Rechtscharakters des Benutzungsverhältnisses zurückzukommen sein, vgl. insoweit unten S. 77

63a) vgl. Pagenkopf Bd. 2 S. 179

64) vgl. Gröttrup S. 184/185; vgl. dazu auch Lorenser, Festschrift für R. Johns, S. 273

Bei der AG ist es nicht ganz so einfach, unmittelbar die Geschäftspolitik zu bestimmen. Nach § 76 Abs. 1 AktG hat der Vorstand in eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten. Er kann durch den Aufsichtsrat gemäß § 84 Abs. 3 Satz 1 AktG nur dann abberufen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Der ist namentlich dann gegeben, wenn ein Mißtrauensvotum der Hauptversammlung ausgesprochen wird. Da die Gemeinde in der Eigengesellschaft alleinige Aktionärin ist und damit die Hauptversammlung beherrscht, dürfte über das Mißtrauensvotum ein wichtiger Grund für die Abberufung zu schaffen sein, wenn nicht ein "offenbar unsachlicher Grund" dafür vorliegt, vgl. § 84 Abs. 3 Satz 2 AktG. Ein sachlicher Grund für die Abberufung wird sich aber, wenn Interessen der Gemeinde durch die AG vernachlässigt werden, unschwer finden lassen^{64a)}.

Der Einfluß der Gemeinde ist vor allem auch dadurch gesichert, daß von ihr die Satzung erlassen^{64b)} und der Aufsichtsrat bestellt wird, womit sie die Entscheidung über den Vorstand praktisch in der Hand hat^{64b)}. Zumindest langfristig kann die Gemeinde die Geschäfte der Eigengesellschaft bestimmend beeinflussen⁶⁵⁾, da sie ihre Vertreter in die Hauptversammlung und den Aufsichtsrat entsendet. Zwar ist umstritten, ob die von der Gemeinde entsandten Aufsichtsratsmitglieder bei ihren Entscheidungen

64a) a. A. wohl Rüfner, Formen, S. 259 ohne nähere Begründung

64b) vgl. Gröttrup S. 186; Pagenkopf Bd. 2 S. 181

65) vgl. Rüfner aaO.

an die Weisungen der Gemeinde und an das alleinige Interesse der Gemeinde gebunden sind^{65a)}. Der damit angeschnittene Konflikt zwischen Wohl des Unternehmens und dem der Gemeinde wird von Püttner^{65b)} als scheinbar entlarvt. Er weist zutreffend darauf hin, daß das Aktiengesetz davon ausgehe, daß verschiedentlich Mitglieder des Aufsichtsrats auf Geheiß anderer Personen stimmen. Die Wirksamkeit des Stimmrechts könne davon nicht abhängen. Stimme das Aufsichtsratsmitglied weisungsgemäß ab, so komme lediglich eine Schadensersatzpflicht des Mitglieds selbst in Betracht, die die Gemeinde ihrem Vertreter nach gemeinderechtlichen Vorschriften abzunehmen habe⁶⁶⁾, vgl. z. B. § 91 Abs. 3 GO NRW. In der Regel wird sich das öffentliche Wohl mit dem des Unternehmens decken, da das Unternehmen als öffentliche Einrichtung gerade den Zweck verfolgt, dem öffentlichen Wohl zu dienen⁶⁷⁾.

Die Eigenverantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane der Eigengesellschaft gegenüber und die Weisungsgebundenheit der Gemeindevertreter stehen zwar in einem Spannungsverhältnis, das jedoch zugunsten des gemeindlichen Einflusses zu lösen ist mit allen Haftungsrisiken für die Ge-

65a) vgl. dazu Pagenkopf Bd. 2 S. 81 ff. m. w. N. in FN 87; Püttner, Energieversorgung, S. 89/90; Rüfner, Formen, S. 192

65b) vgl. Forsthoff S. 570; ebenso Gröttrup S. 87; Püttner, Energieversorgung, S. 93/93

66) vgl. Püttner aaO. m. Verw. auf Rüfner, Formen, S. 193, allerdings dort mit bezug auf die gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen; vgl. auch Pagenkopf Bd. 2 S. 193

67) darauf weist Püttner, Energieversorgung, S. 90 (oben) zutreffend hin

meinde⁶⁸⁾.

- b) Die Gemeinde kann sich aber auch an anderen Unternehmen in privatrechtlicher Form beteiligen. Auch insoweit gelten die von den Gemeindeordnungen bestimmten Haftungsbeschränkungen. Als Gesellschaftsformen kommen daher nur die AG, die GmbH und - im Unterschied zur Eigen-gesellschaft - auch die eingetragenen Genossen-schaften mit beschränkter Haftpflicht in Be-tracht⁶⁹⁾. Die Beteiligungsgesellschaft wird, je nachdem, wer sich neben der Gemeinde an ihr beteiligt, als gemischt-öffentliches oder ge-mischt-wirtschaftliches Unternehmen bezeich-net⁷⁰⁾. Beteiligen sich mehrere öffentliche Körperschaften, so spricht man von einem ge-mischt-öffentlichen, bei Beteiligung privater Dritter von einem gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen.

68) vgl. zur Möglichkeit der Gemeinde, "nach-teiligen Einfluß" auf die eigene Gesell-schaft auszuüben, auch die Ausführungen bei Pagenkopf Bd. 2 S. 183/184; er sieht die Gemeinde als Mutterunternehmen der von ihr beherrschten Tochterunternehmenseigengesell-schaft im Sinne der §§ 311 ff. ArtG an; a. A. Püttner, Energieversorgung, S. 81/82; diese Streitfrage soll aber nicht weiter vertieft werden, da jedenfalls insoweit unstreitig der gemeindliche Einfluß bejaht wird

69) vgl. Püttner, Energieversorgung, S. 100; Pa-genkopf Bd. 2 S. 187; a. A. in bezug auf die Verwendbarkeit der Genossenschaft Scholz S. 107 FN 47; Rüfner, Formen, S. 186 FN 339, weist auf die geringe Bedeutung der Genossen-schaften bei gemischt-wirtschaftlichen Unter-nahmen hin

70) vgl. Püttner aaO.

Bei der Beteiligung der Gemeinde zusammen mit privaten natürlichen oder juristischen Personen treffen unterschiedliche Interessen aufeinander. Die Gemeinde muß einen öffentlichen Zweck verfolgen, "Daseinsvorsorge"⁷²⁾, während der private Gesellschafter vor allem auf Maximierung des Gewinns abzielt. Deshalb ist eine Gleichsetzung des "Wohls der Gesellschaft" mit dem der Gemeinde oftmals unmöglich⁷³⁾. Etwas anderes gilt nur dann, wenn lediglich eine vorübergehende Kapitalanlage erfolgen soll und keine Beteiligung mit der Absicht kommunaler Interessenwahrnehmung in der Unternehmensführung⁷⁴⁾. Hier muß ein Interessenausgleich erfolgen, der auf verschiedene Art und Weise verwirklicht werden kann⁷⁵⁾. Verfolgt die Gemeinde nur eine Kapitalbeteiligung, hat sie also kein Interesse daran, Einfluß zu nehmen, kann auch eine öffentliche Einrichtung im hier verstandenen Sinne nicht gegeben sein. Der Einfluß der Gemeinde auf die Verfolgung gemeinwohlorientierter Interessen ist nur dann gewahrt, wenn sie sich vor allem in der Unternehmenssatzung⁷⁶⁾ oder in schuldrechtlichen soge-

72) vgl. Püttner, Unternehmen, S. 203

73) vgl. Püttner, Energieversorgung, S. 101; Rüfner, Formen, S. 187

74) vgl. auch Pagenkopf Bd. 2 S. 189

75) zu den Einzelheiten vgl. Püttner, Energieversorgung, S. 101-104, z. B. Sicherung der Rechte der Minderheitsaktionäre in den §§ 117, 241 Ziff. 3 u. Ziff. 4, 243 Abs. 2 AktG u. die Dividendengarantie nach § 32 Abs. 1 Satz 2 AktG

76) vgl. § 11 Abs. 4 Satz 2 AktG, wovon auch bei der Eigengesellschaft Gebrauch gemacht wird bei der Festsetzung der Bedingungen und (in der Versorgungswirtschaft) der Tarife, vgl. Püttner, Energieversorgung, S. 89

nannten Konzessionsverträgen⁷⁷⁾ in für die Unternehmensführung entscheidenden Fragen die Genehmigung selbst oder dem von ihr beherrschten Aufsichtsrat vorbehalten hat⁷⁸⁾. Gegenüber der AG ist bei der GmbH durch die direkte Abhängigkeit der Geschäftsführung von allen Weisungen der Geschäftsführer der gemeindliche Einfluß auch hier wesentlich leichter zu erkennen und durchzusetzen. Es besteht zwar auch hier derselbe Interessenkonflikt. Seine Lösung ist aber leichter zu finden, da die Sicherung des Einflusses der Gemeinde leicht anhand des Gesellschaftsvertrags überprüft werden kann^{78a)}.

- c) Neben den soeben dargestellten Grundformen der Beteiligung sind den Gemeinden auch Unterbeteiligungsmöglichkeiten eröffnet, wodurch vertikale

77) dazu ausführlich Klaus Stern: "Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages" in: AÖR 59 (Bd. 84) S. 137 ff.; vgl. auch Püttner, Energieversorgung, S. 104 oben "mit Verweis auf den Konzessionsvertrag der Stadt Berlin mit der Berliner Kraft- und Licht-AG (Bewag)", in dem Gemeinwohlprinzipien bei der Tarifpolitik ausbedungen sein sollen u. gleichzeitig eine Mindestverzinsung des Kapitals von 6 % gewährleistet wird

78) vgl. Gröttrup S. 188/189, der auch auf die anderen Einflußfaktoren hinweist, die nicht rechtlich einzuordnen sind, z. B. Persönlichkeit des Handelnden, Mehrheitsverhältnisse in Aufsichtsrat und Hauptversammlung

78a) darauf weist auch H. J. Wolff AfK 63 S. 272 hin

oder horizontale Verschachtelungen herbeigeführt werden. Die Fragen, die um den so entstandenen kommunalen Konzern⁷⁹⁾ entstehen, sollen hier aber nicht weiter untersucht werden, da sich die hier interessierende Problematik durch diese Mischformen nicht wesentlich verändert⁸⁰⁾.

Die Fragen, die sich in Zusammenhang mit der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private ergeben, den sogenannten Beliehenen⁸¹⁾, sollen hier ebenfalls nicht aufgegriffen werden, da der Schwerpunkt dabei auf der Funktion und Legitimation der Beliehenen bei der Ausübung von Hoheitsrechten, z. B. Anschluß- u. Benutzungs-⁸²⁾zwang bei der Benutzung gemeindlicher öffent-

-
- 79) dieser Begriff wird von Pagenkopf Bd. 2 S. 190 verwandt, der auch die Gemeinde als "Mutterunternehmen" im Sinne des Aktienrechts ansieht
- 80) vgl. Pagenkopf aaO.; Püttner, Energieversorgung, S. 104; vgl. einige wirtschaftliche bedeutende Beispiele bei Rüfner, Formen, S. 187 FN 352
- 81) vgl. Udo Steiner "Öffentliche Verwaltung durch Private" Hamburg 1975 S. 9 ff.
- 82) vgl. Rauball-Rauball § 19 GO Anm. 2 (S. 132); allgemein zur Zulässigkeit Steiner aaO. S. 251 ff.

licher Einrichtungen, nicht aber auf organisationsrechtlichen Problemen liegt.

B Handlungsformen öffentlicher Einrichtungen

Nach der Darstellung der Organisationsformen öffentlicher Einrichtungen sind die Handlungsformen zu untersuchen, die das öffentliche Benutzungsverhältnis als Rechtsverhältnis bestimmen, da die Beantwortung der Haftungsfrage wesentlich davon abhängt, welche Rechtsregeln und welche Anspruchsgrundlagen damit in diesem Verhältnis gelten.

Bei der Lösung dieses Problems stellen sich folgende Fragen:

1. Welchem Rechtskreis⁸³⁾, dem öffentlichen oder privaten Recht, ist das öffentliche Benutzungsverhältnis zuzuordnen; besteht insoweit ein Wahlrecht der Gemeinde ? (I)

83) Brehm Diss. S. 6 u. ihm folgend Palder S. 38 u. passim benutzen dafür den m. E. unglücklichen Ausdruck "Rechtsregime"

2. Welche Rechtsnatur weist dieses Rechtsverhältnis auf ? (II)
3. Welche rechtstechnischen Gestaltungsmöglichkeiten bestehen innerhalb des öffentlichen Benutzungsverhältnisses ? (III)

I. Öffentliches oder privates Recht

Der Begriff des öffentlichen Benutzungsverhältnisses sagt ebenso wie der der öffentlichen Einrichtung nichts über die rechtliche Einordnung in den Bereich des öffentlichen oder privaten Rechts aus. In die Untersuchung der Rechtsform sind daher beide Möglichkeiten einzubeziehen.

Auf den ersten Blick erscheint es folgerichtig, die Handlungsform mit der Organisationsform zu verknüpfen. Demnach wäre das Benutzungsverhältnis bei öffentlich-rechtlicher Organisation der öffentlichen Einrichtung dem öffentlichen, bei privatrechtlicher Organisationsform dem Zivilrecht zuzuordnen⁸⁴⁾. Mit der Wahl der Organisationsform wäre damit auch gleichzei-

84) so in der Tat der BGH NJW 53 S. 778; im Ergebnis auch Schmidt-Rappler Art. "Wirtschaftsrecht", HdwbSW Bd. 12 S. 694 ff., S. 698, allerdings mit wesentlich differenzierterer Begründung, vgl. dazu näher unten S.56 ; nach Gröttrup S. 105 ist trotz seiner Auffassung, mit der Wahl privatrechtlicher Organisationsformen sei auch der Charakter der Benutzungsordnung "(reflexartig)" festgelegt, zumindest bei öffentlich-rechtlicher Organisationsform das Problem der "Wahlfreiheit" zu lösen

tig die Bestimmung des geltenden Rechtskreises getroffen, so daß sich eine weitere Überprüfung erübrigen würde.

Auf diese einfache Weise läßt sich das Problem jedoch nicht lösen^{84a)}, da es schon wegen des öffentlich-rechtlichen Zulassungsanspruchs, vgl. z. B. § 18 Abs. 1 GO NRW, und der damit nicht auszuschließenden Beteiligung der Gemeinde als Teil der öffentlichen Verwaltung wesentlich vielschichtiger ist..

1. So unterscheidet die wohl noch h. M.⁸⁵⁾, aus-

84a) gegen den BGH schon Budde-Hupfauer Diss. S. 88/89

85) vgl. BVerwGE 1 S. 308; 6 S. 200, 201 (allerdings nur in Ausnahmefällen); DÖV 72 S. 383; BGH DVBl 62 S. 485/486; BGHZ 36 S. 95/96; BGHZ 40 S. 206; 52 S. 159; BB 73 S. 258; BaWüVG DG 68 S. 242; BayVerfGH DÖV 56 S. 499; OVG Münster DVBl 68 S. 843; Blume Diss. S. 133; Budde-Hupfauer Diss. S. 88 ff.; Galette-Laux-von Scheliha § 18 GO Anm. 1 a; Gröttrup S. 41 ff. u. S. 102 ff.; Hurst HdbKWP II S. 839; Klein, Teilnahme, S. 119 ff. insbes. S. 145; Lukas BayVBl 73 S. 311 ff., S. 313; Palder Diss. S. 31; Püttner, Energieversorgung, S. 139; ders., Unternehmen, S. 125 ff., S. 328; Rüfner, Formen, S. 371; Schneider NJW 62 S. 705; Schwär Diss. S. 16; Tiemann VerwArch 74 S. 381 ff.; Wolff-Bachof II § 98 II h, S. 378; Zuleeg JuS 73 S. 34 ff.

gehend von der sogenannten Zwei-Stufen-Theorie⁸⁶⁾, bei der Beurteilung des Benutzungsverhältnisses zwei verschiedene Ebenen, die der Zulassung und die der Abwicklung der Benutzung. Die erste Stufe des Benutzungsverhältnisses, die Zulassung, soll dem öffentlichen Recht, die zweite Stufe, das eigentliche Leistungsverhältnis⁸⁷⁾, dem Rechtskreis zuzuordnen sein, den die Gemeinde für das einzelne Benutzungsverhältnis bestimmt hat. Diese Wahlfreiheit in bezug auf von einander selbständigen Organisations- und Handlungsformen wird aus dem verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungsrecht, vgl. Art. 28 Abs. 2 GG, in Verbindung mit der historischen Entwicklung,⁸⁸⁾ abgeleitet. Mit der Wahl einer Organisation des öffentlichen Rechts für eine öffentliche Einrichtung, z. B. des Eigenbetriebs, ist damit noch nicht die Entscheidung zugunsten öffentlich-rechtlicher "Ausgestaltung" des öffentlichen Benutzungsverhältnisses gefallen. Die Ansicht, daß dies auch umgekehrt gelte, eine selbständige Einrichtung in Privatrechtsform öffentlich-rechtlich benutzt werden könne, wird nicht von allen Vertretern der h. M. geteilt⁸⁹⁾ mit der

86) vgl. H. P. Ipsen "Öffentliche Subventionierung Privater" Berlin, Köln 1956; ders. auch in DVBl 56 S. 465 u. 603

87) vgl. Nitze S. 77 u. 133; Wolf-Bachof II § 99 V a, S. 398

88) vgl. dazu Gröttrup S. 100 ff.; so ausdrücklich auch Arnold Köttgen "Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber" Stuttgart 1965 S. 21; ebenso unter Berufung auf die traditionellen Grundsätze der Grenzziehung Rüfner, Formen, S. 371

89) so ausdrücklich Gröttrup S. 104; vgl. ferner Püttner, Energieversorgung, S. 138/139; Rüfner, Formen, S. 352; Siedentopf S. 82/83; Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S. 127; H. J. Wolff AfK 63 S. 173

Begründung, nur die Gemeinde selbst könne hoheitlich handeln⁹⁰⁾.

Auch über die Wahlmöglichkeit privatrechtlicher Handlungsform bei Anschluß- und Benutzungszwang herrscht keine Einigkeit⁹¹⁾.

Alle Vertreter der h. M. müssen aber zumindest in den übrigen Fällen entscheiden, ob die Gemeinde das Benutzungsverhältnis dem öffentlichen oder privaten Recht zugeordnet hat, da nur in einigen Fällen die Wahl - gemessen an den Kriterien der h. M. - der Gemeinde eindeutig erkennbar geworden ist, z. B. bei Erlass einer Satzung zugunsten des öffentlichen Rechts⁹²⁾.

Man versucht, dieses Problem mit Hilfe verschied-

90) dieses Problem soll nicht vertieft werden, da es für die vorliegende Untersuchung ohne Bedeutung bleibt

91) für Einschränkung der Wahlfreiheit bei Anschluß- und Benutzungszwang: Frotscher, Ausgestaltung, S. 18 ff.; Gröttrup S. 102 m. Verw. auf die st. Rspr. des ProVG; Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 79 Anm. 63; Rüfner, Formen, S. 351 mit ausführlicher Begründung; Siedentopf S. 82; vgl. ferner BayVG BayVB 59 S. 125
keine Einschränkung auf der zweiten Stufe: Forsthoff S. 413; Gönnenwein S. 516; Peters S. 300 ff.; Püttner, Unternehmen, S. 139; wohl auch H. J. Wolff AfK 63 S. 149 ff. insbes. S. 169

92) vgl. Gröttrup S. 106

dener Theorien⁹³⁾ zu lösen. Da jedoch gerade die gemeindlichen Benutzungsverhältnisse in mancher Hinsicht "ein Stück Einheit der Rechtsordnung transparent werden"⁹⁴⁾ lassen, ist die Zuordnung zum einen oder anderen Rechtskreis mit erheblichen, teilweise unlösbaren Schwierigkeiten verbunden. Man versucht, diese Schwierigkeiten mit Hilfe von Vermutungen zugunsten des einen oder anderen Rechtskreises zu lösen, ist sich aber auch darin nicht einig. So wird von einigen in Zweifelsfällen eine Vermutung zugunsten öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung⁹⁵⁾, von anderen zugunsten privatrechtlicher Ausgestaltung⁹⁶⁾ ausgesprochen. Noch andere wollen in solchen Fällen die Einordnung der Benutzungsverhältnisse nach historischen

93) vgl. zur älteren Subjektion- oder Subordinationstheorie: BGHZ 14 S. 227; 35 S. 177; Eyermann-Fröhler § 40 VwGO Rdnr. 3; zur Interessentheorie: Menger VerwArch 62 S. 394 m. w. N.; zur Subjektstheorie: Wolff-Bachof I § 22 II c, S. 99; die heutige Rspr. verwendet alle drei von den Theorien zur Abgrenzung angebotenen Methoden zur Bestimmung des Rechtscharakters: vgl. BGHZ 56 S. 365, 371 und 373

94) vgl. Tiemann VerwArch 74 S. 384

95) vgl. Kull Diss. S. 80 m. w. N.

96) vgl. z. B. Palder Diss. S. 38 m. w. N.

oder nach nach Aufgabenbereichen typisierten Kriterien vornehmen⁹⁷⁾. Dies Problem kann auch nicht auf sich beruhen, da bei der Durchsetzung von Ansprüchen aus dem "Leistungsverhältnis" immer die Frage entschieden werden muß, welcher Rechtsweg, der vor die Zivilgerichte oder Verwaltungsgerichte, eröffnet ist⁹⁸⁾. Unstreitig ist nach h. M., daß auch bei privatrechtlicher Ausgestaltung des öffentlichen Benutzungsverhältnisses, bedingt durch den Öffentlich-rechtlichen Zulassungsakt, im Gesamtverhältnis dieselben Öffentlich-rechtlichen Bindungen bestehen wie in einem Öffentlich-rechtlich gestalteten⁹⁹⁾.

2. Die h. M. ist sowohl der Abgrenzungsschwierigkeiten, insbesondere im Hinblick auf die prozessuale Situation¹⁰⁰⁾, aber auch dogmatischer

97) vgl. Gröttrup S. 107, der bei der Auslegung auf für gemeindliche Aufgabenbereiche typische, "d. h. übliche oder vorherrschende Gestaltungsformen zurückgreifen" will, m. w. Beispielen u. Verw. auf Brügelmann-Ludwig HdbKWP III S. 655 ff. u. 700 FN 5; vgl. auch Forsthoff S. 413, der bei Anschluß- und Benutzungszwang Öffentlich-rechtliche Ausgestaltung vermutet

98) auch dies spricht entscheidend noch einmal gegen Bullingers Ansicht von einem Gemeinrechtsdenken

99) innerhalb der h. M. nicht streitig: vgl. Wolff-Bachof I § 23 II b, S. 108 ff., der diesen Bereich als "Verwaltungsprivatrecht" bezeichnet; vgl. zur Grundrechtsbindung auch Kull Diss. S. 81: "Verwaltung, die unter der Zucht von Art. 1 Abs. 3 GG steht"; vgl. ferner Lukas BayVBl 73 S. 311; ausführlich auch Theilacker Diss. S. 14 ff. u. S. 28

100) vgl. Bethge JR 72 S. 142: "Rechtswegelagererei"

Ungereimtheiten¹⁰¹⁾ wegen immer wieder angegriffen worden¹⁰²⁾. Auch die Rechtssprechung der Instanzgerichte ist ihr teilweise nicht gefolgt¹⁰³⁾. Selbst die Obergerichte lassen eine deutliche Tendenz zur Aufgabe der zweistufigen Sicht zumindest im Bereich der Subventionsverhältnisse zugunsten einer einheitlichen Betrachtung in diesem

101) vgl. Bethge SKV 72 S. 124: "In ihren Prämissen nur unzureichend durchdacht"; Imboden, Vertrag, S. 161/162: "Juristisches Scheinkonzept"

102) vgl. Bethge jeweils aaO.; Eyermann-Fröhler § 20 VwGO Rdnr. 52; Götz, Wirtschaftssubventionen, insbes. S. 62: "Rechtschaos" u. S. 56: "lästiges Theorem"; Haas DVBl 60 S. 307; Imboden aaO.; Othmar Jauernig "Anstaltsnutzung und Minderjährigenrecht" NJW 72 S. 1 ff.; Kratzer DVBl 61 S. 607; Mertens JuS 63 S. 396; Ossenbühl DÖV 71 S. 515; Pappermann JZ 69 S. 487; Pestalozza, Formenmißbrauch, passim; ders. DÖV 74 S. 190; Rupp DVBl 71 S. 670; Schmidt-Rimpler Art. "Wirtschaftsrecht" Hd.bSW Bd. 12 S. 695; Zu-leeg, Rechtsform, S. 54; ders. NJW 62 S. 2231 ff.; kritisch auch Rüfner, Formen, S. 377 (m. Verw. auf Ipsen), der "im Zweifelsfall" den öffentlichen Vertrag als geeignete Gestaltungsform ansieht, letztlich jedoch auf der von der h. M. propagierten Wahlfreiheit beharrt, S. 371 u. 376, allerdings mit dem Eingeständnis, daß für die Zwei-Stufen-Theorie keine dogmatische Rechtfertigung vorhanden sei; zur Auseinandersetzung mit Rüfner, vgl. ferner unten S. 62

103) vgl. OVG Saarlouis JZ 61 S. 673 ff. (m. insoweit ablehnender Anmerkung v. Wacke, S. 641) VG Berlin JR 72 S. 172 m. Verw. auf Pappermann aaO.; VG Wiesbaden DVBl 74 S. 244; BayVG BayVBl 68 S. 67

Bereich erkennen¹⁰⁴⁾.

Auch bei den übrigen Vertretern der h. M. ist eine distanzierte Betrachtung zu konstatieren¹⁰⁵⁾.

So hält z. B. Tiemann¹⁰⁶⁾ die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Benutzungsverhältnisse in den meisten Fällen für geeigneter, "wenn nicht sogar rechtlich geboten"¹⁰⁷⁾.

Die einhellige Kritik richtet sich dagegen, das "bei sachnaher Betrachtungsweise"¹⁰⁸⁾ einheitliche Benutzungsverhältnis in einen Hoheitsakt und davon getrennte vertragliche Vereinbarungen aufzuspalten. Ausgangspunkt der Kritik und daraus abgeleitete Folgerungen, insbesondere im Hinblick auf die "Wahlfreiheit" der Gemeinden sind jedoch nicht einheitlich. Im einzelnen lassen sich folgende Ansichten unterscheiden:

104) vgl. z. B. BVerwGE 35 S. 170/171; BVerwG BayVBl 71 S. 471; BGHZ 55 S. 365, 372 ff.

105) vgl. Baur JZ 63 S. 41 ff., 44 m. Verw. auf die "fast skurrilen" Ergebnisse, die die unterschiedliche Ausgestaltung gerade auch bei den Haftungsfällen hervorruft

106) vgl. VerwArch 74 S. 383 m. Verw. u. a. auf Schneider NJW 62 S. 709; eindeutig für einheitliche Betrachtung jetzt Menger VerwArch 78 S. 93 ff.

107) einschränkend für Subventionen auch H. J. Wolff III § 154 VI b 3, S. 264

108) vgl. BayVGH aaO.

- a) Den wohl extremsten Standpunkt nimmt Pestalozza bei der Beurteilung der möglichen Handlungsformen der öffentlichen Hand ein. Auf jeden Fall, an dem sie beteiligt ist, finde das öffentliche Recht als das "Amtsrecht des Staates", das "für sämtliche seiner Verhaltensweisen gilt", als sein Sonderrecht Anwendung¹⁰⁹⁾. Dieses Recht sei für den Staat zwingend, soweit er als Rechtsobjekt Adressat von Normen sei, die für den Staat gelten¹¹⁰⁾. Privatrecht gelte nur dann, wenn Amtsrecht fehle oder wenn dieses Recht die Anwendung "privatrechtlicher Sätze" zulasse¹¹¹⁾.

Auf die Beurteilung gemeindlicher Benutzungsverhältnisse angewandt, kann nach seiner Ansicht die Gemeinde als Verwaltungssubjekt nicht wählen zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Ausgestaltung. Eine Zweistufigkeit sei schon deshalb nicht gegeben, weil das öffentliche Recht als zwingendes Sonderrecht des Staates einheitlich in diesem Bereich gelte. Dies folge aus der Tatsache, daß Errichtung und Benutzung der öffentlichen Einrichtungen nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften, denen der Gemeindeordnung, erfolgt.

109) vgl. Pestalozza, Formenmißbrauch, S. 174/175; ders. DÖV 74 S. 190

110) so ausdrücklich DÖV 74 S. 190

111) vgl. Formenmißbrauch S. 177 u. aaO.

b) Andere Autoren wenden sich vor allem gegen die Zwei-Stufen-Theorie. Sie betonen die Einheitlichkeit der öffentlichen Benutzungsverhältnisse, lassen aber grundsätzlich die Wahlmöglichkeit der Gemeinde zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Handlungsform gelten¹¹²⁾. Habe sie sich für das öffentliche Recht als Benutzungsrecht entschieden, so brauche das einheitliche Rechtsverhältnis nicht aufgeteilt zu werden in einen Zulassungsakt und das daraufhin zustande gekommene "Leistungsverhältnis". Zustandekommen und Abwicklung gehören dann zum selben Rechtsgeschäft, der als öffentlich-rechtlicher Vertrag angesehen wird¹¹³⁾. Aber auch bei privatrechtlicher Ausgestaltung fehlt es nach dieser Ansicht an der Notwendigkeit, einen öffentlich-rechtlichen Zulassungsakt als Begründung des Rechtsverhältnisses zu konstruieren, und zwar auch dann, "wenn die Gemeinde die Einrichtung ihrerseits öffentlich-rechtlich - z. B. als unselbständige, öffentlich-rechtliche Anstalt - organisiert" habe¹¹⁴⁾. Die öffentlich-rechtlichen Bindungen, insbesondere die Grundrechte, gelten nach dieser Ansicht auch ohne besonderen öffentlich-rechtlichen Zulassungsakt, da es sich in jedem Fall um ein verwaltungs-

112) vgl. Bethge JR 72 S. 144/145, wo er feststellt, die Zukunft gehöre wohl dem öffentlich-rechtlichen Vertrag; ders. SKV 72 S. 124/125, wo die Befugnis privatrechtlich zu handeln ausdrücklich bestätigt wird; vgl. auch Jauernig NJW 72 S. 2; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 56 ff.; sehr ausführlich: Hans-Joachim Brontsch "Zum Rechtsschutz gegen die Ausübung des Vorkaufsrechts nach den §§ 24 ff. BBauG", DVBl 64 S. 514 ff.

113) so ausdrücklich für Subventionen: Menger VerwArch 78 S. 96ff.

114) vgl. Bethge aaO.; Haas DVBl 60 S. 307

privatrechtliches Verhältnis handle^{114a)}.

Überwiegend wird von den Kritikern der h. M. aber nicht nur die Zwei-Stufen-Theorie abgelehnt, sondern auch die den Gemeinde eingeräumte Wahlfreiheit. Vielmehr sei das Benutzungsverhältnis als dem öffentlichen Recht zugehörig zu betrachten.

Diese Meinung vertreten zunächst einige Instanzgerichte, die oben schon zitiert wurden. Ohne sich mit der h. M. auseinanderzusetzen, stellen sie fest, daß die Benutzung durch einen - einheitlichen¹¹⁵⁾ - öffentlich-rechtlichen Vertrag eröffnet und geregelt werde¹¹⁶⁾.

Ausführlicher dagegen wird die von der h. M. abweichende Ansicht im Schrifttum begründet¹¹⁷⁾.

114a) vgl. auch Bethge JR 72 S. 40/41; für die Grundrechtsbindung im Verwaltungsprivatrecht vgl. vor allem Leisner S. 169 ff., der den Staat auch im "Privatrechtsbereich" an die Grundrecht binden will; so schon 1957 Kull Diss. S. 80/81; heute unbestrittene Ansicht: vgl. Ossenbühl DÖV 71 S. 513 ff., insbes. S. 119 ff. u. Wolff-Bachof I § 23 II b 1, S. 109 m. w. N.

115) so ausdrücklich VG Berlin JR 72 S. 172

116) vgl. OVG Saarlouis JZ 61 S. 673; VG Berlin aaO.; bayVGH bayVB1 68 S. 67

117) vgl. Ossenbühl DVBl 73 S. 289 ff.; ders. DVBl 74 S. 541; erster Ansatz schon in DÖV 71 S. 113 ff.; Pappermann JZ 69 S. 485 ff.; vgl. auch Bosse Diss. S. 24 ff; Schlotke Diss. S. 41 ff. (allerdings im Subventionsbereich)

Ossenbühl und Pappermann, aber auch Bosse gehen bei der Beurteilung des Rechtsverhältnisses vom Regelungsgegenstand aus und stellen fest, daß die zwischen Benutzer und Gemeinde getroffenen Vereinbarungen oder die geltenden Benutzungsregelungen ihrem Inhalt und Gegenstand nach dem öffentlichen Recht zuzuordnen seien. Es sei auch sonst allgemein anerkannt, daß für die Zuordnung eines Vertrags zum öffentlichen oder privaten Recht der Regelungsgegenstand entscheidend sei¹¹⁸⁾. Dieser sei wesentlich vom Vertragszweck bestimmt¹¹⁹⁾. Der Vertragszweck in Benutzungsverhältnissen gehe aber dahin, den Gemeindewohnern öffentliche Einrichtungen zur Verfügung zu stellen, die unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen. Insbesondere Ossenbühl¹²⁰⁾ setzt mit seiner Kritik schon beim Begriff der Wahl der rechtlichen Handlungsform an und legt dar, daß die Gemeinde nicht die Möglichkeit habe, das "anzuwendende rechtliche Regime" zu wählen, und fragt sich, ob "hier nicht Lehre und Judikatur die Aufgabe der rechtlichen Bewertung tatsächlicher Vorgänge unzulässigerweise aus der Hand gäben."

118) vgl. Pappermann JZ 69 S. 488 m. Verw. auf die Rspr. in FN 62

119) vgl. Pappermann aaO. in FN 64-67; Ossenbühl DÖV 70 S. 542 "Gewährung öffentlicher Leistungen ist aber ein öffentlich-rechtlicher Gegenstand par excellence"; vgl. auch Zuleeg, Rechtsform, S. 58

120) DVBl 73 S. 292, insoweit in Übereinstimmung mit Pestalozza DÖV 74 S. 188; vgl. auch Bosse Diss. S. 29, der einschränkt, daß nicht jegliche Tätigkeit staatlicher Daseinsvorsorge unmittelbare Erfüllung öffentlicher Aufgaben bedeute

Ebenso als Öffentlich-rechtlichen Vertrag faßt Schmidt-Rimpler das öffentliche Benutzungsverhältnis auf, jedoch in anderem Begründungszusammenhang¹²¹⁾. Auch er lehnt Rechtssprechung und Lehre ab, soweit sie "axiomatisch" annehmen, daß "der Staat öffentliche Zwecke 'in privatrechtlicher Form'" verfolgen könne und dabei weitgehend freie Wahl habe. Die gemeindlichen Benutzungsverhältnisse weist er wegen ihres "mitgliedschaftlichen Charakters"¹²²⁾ dem staatskörpererschaftlichen und damit dem öffentlichen Recht zu. Er hält dabei die Vertragsform wegen der besseren Anpassungsmöglichkeiten an die besonderen Bedürfnisse der Bürger für angemessen, da sie oft zum "richtigeren Ergebnis" führe¹²³⁾. Inkonsequent nimmt er dann aber "aus praktischen Gründen" die privaten juristischen Personen, die von den Gemeinden beherrscht werden, von der Geltung des öffentlichen Rechts aus und ordnet sie dem "Individualrecht" und damit dem privaten Rechtskreis zu. Was dabei die praktischen Gründe sein sollen, wird nicht erläutert.

121) vgl. Schmidt-Rimpler Art. "Wirtschaftsrecht", HdwbSW Bd. 12 S. 694 ff., insbes. S. 696

122) aaO., S. 695 (re.Sp.)

123) aaO., S. 696 (re.Sp.)

Schließlich vertreten auch noch Eyermann-Fröhler¹²⁴⁾ und Kratzer¹²⁵⁾ die Ansicht, die herrschende Zwei-Stufen-Theorie werde der heutigen sozialen Situation nicht mehr gerecht, denn "das Teilhaben an den öffentlichen Versorgungseinrichtungen" sei für den einzelnen eine "Lebensnotwendigkeit" geworden. Das Tätigwerden der öffentlichen Hand sei damit der "Daseinsvorsorge für die Allgemeinheit" zuzurechnen und gehöre insoweit dem öffentlichen Recht an.

- c) Alle Anhänger der einheitlichen Betrachtungsweise, soweit sie ausschließlich öffentliches Recht anwenden wollen, befassen sich mit der Frage, ob das öffentliche Recht auch in den Beziehungen zwischen den als juristischen Personen des Privatrechts, also z. B. als AG oder GmbH, betriebenen öffentlichen Einrichtungen und den Benutzern gelten solle. Fast ausnahmslos wird dies bejaht mit dem Hinweis darauf, daß sich am Gegenstand des Vertrages, nämlich der Inanspruchnahme einer Leistung, die von einer öffentlichen Einrichtung im Rahmen ihrer öffentlichen Verwaltungsaufgabe dar-

124) vgl. § 40 VWGO Rdnr. 52

125) vgl. DVB1 61 S. 604

geboten werde, nichts andere¹²⁶⁾.

3. Die beiden Probleme "Zwei-Stufen-Lehre" und "Wahlfreiheit" der Gemeinde gehören zu einem Problemkreis, in dem es um die Bestimmung der Rechtsverhältnisse zwischen Gemeinde und Einwohner als Benutzer der öffentlichen Einrichtung geht. Sie werden auch, wie aufgezeigt, durchweg "in einem Atemzug" genannt und behandelt. Dennoch ist nicht zu verkennen, daß das eine Problem nur bedingt mit dem anderen verknüpft ist.

a) Zunächst soll daher zu der Frage Stellung genommen werden, ob die Gemeinde selbst den für das Benutzungsverhältnis geltenden Rechtskreis bestimmen kann oder nicht, da diese Frage wegen der Anspruchsgrundlagen und Haftungsgrundsätze im Vordergrund der Untersuchung steht.

Soweit ersichtlich, wird auch von der Rechtsprechung und h. M. nicht bestritten, daß es bei der Zuordnung eines Rechtsverhältnisses,

¹²⁶⁾vgl. Eyermann-Fröhler § 40 VWGO Rdnr. 53; Kratzer aaO.; Ossenbühl DVBl 73 S. 293 ff.; Pappermann JZ 69 S. 489; Schmidt-Rimpler aaO. S. 698 nimmt ohne stichhaltige Begründung "aus praktischen Gründen" die privatrechtlichen juristischen Personen, die von den Gemeinden beherrscht werden, ins private "Individualrecht", ohne die praktischen Gründe zu erläutern; Streit besteht hier auch zwischen Ossenbühl und Pappermann, jeweils aaO., ob die selbständige Einrichtung oder die Gemeinde an dem öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnis beteiligt ist, vgl. dazu unten S. 77

insbesondere eines Vertrages, zum öffentlichen oder privaten Recht auf den geregelten Gegenstand ankommt¹²⁷⁾. Auch wenn man darauf abstellt, ob die vertragliche Regelung, wäre sie normativ erfolgt, eine Norm des öffentlichen Rechts wäre oder nicht prüft man im Ergebnis ebenfalls, wohin die Norm ihrem Regelungsgegenstand nach gehört¹²⁸⁾. Überträgt man diese Abgrenzungsmaßstäbe auf die öffentlichen Benutzungsverhältnisse, so muß man zunächst feststellen, daß in ihnen die Gemeinden öffentliche Aufgaben erfüllen. Denn Gegenstand der Benutzung ist die Inanspruchnahme einer Leistung, die von einer öffentlichen Einrichtung der Gemeinde angeboten wird¹²⁹⁾. Öffentlich ist eine Einrichtung aber nach der Definition der h. M.¹³⁰⁾ nur dann, wenn sie "aufgrund öffentlich-rechtlichen Widmungsakts ... zur Verfügung gestellt wird, um damit öffentliche, in den Wirkungsbereich der Gemeinde fallende Aufgaben zu erfüllen"¹³¹⁾.

127) vgl. BGH DÖV 72 S. 314, 315; NJW 75 S. 2015 m. w. N. zur Rspr. des Gerichts; vgl. auch BVerwGE 22, S. 138, 140; 30 S. 65, 67; vgl. ferner Bosse Diss. S. 28/29 m. w. N.

128) vgl. Wolff-Bachof I § 44 II a, S. 345 m. Verw. auf Bettermann JZ 66 S. 445 u. Menger VerwArch 1973 S. 203 ff.

129) vgl. zur Def. des öffentlichen Benutzungsverhältnisses S. 16 oben

130) hier ebenfalls vertreten, vgl. oben S. 7/8

131) vgl. zur Abgrenzung: öffentlich - private Einrichtung anhand des öffentlichen Zwecks auch OVG Lüneburg DVBl 64 S. 365 u. OVG Koblenz DÖV 67 S. 169; zur Problematik der Begriffe "öffentliche Aufgabe" u. "Daseinsvorsorge" vgl. Hans Bull, "Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz" Frankfurt/M. 1973, insbes. S. 47 ff., die hier aber nicht vertieft werden muß, da der Bereich der öffentlichen Einrichtungen zum "klassischen" Bereich der Daseinsvorsorge gehört

Daraus kann nur abgeleitet werden, daß das öffentliche Benutzungsverhältnis dem öffentlichen Recht, das Verhältnis privater Einrichtung ^{zu} dem Benutzer, also das private Benutzungsverhältnis dem Zivilrecht zuzuordnen ist.

Wenn dem unter Berufung auf die Selbstverwaltungsgarantie entgegengehalten wird, daß damit ohne Rücksicht auf die gemeindliche Wahlfreiheit eine "gewaltsame Korrektur des geltenden Rechts"¹³²⁾ erfolge, so kann dem aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden.

Will man die "traditionellen Grundsätze" der Abgrenzung, auf die sich Rüfner bei seiner Kritik beruft, bei der Beurteilung der öffentlichen Benutzungsverhältnisse vorurteilsfrei anwenden, so können sie nur zu dem genannten Ergebnis führen.

Es kann nämlich nicht geleugnet werden, daß die Gemeinden mit ihren öffentlichen Einrichtungen ihre durch Vorschriften des öffentlichen Rechts, der Gemeindeordnungen, auferlegten Pflicht zur wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Betreuung ihrer Einwohner unmittelbar erfüllen wollen. Daß sie darüber hinaus auch privatrechtlich agieren können, soll hier nicht bestritten werden. Deshalb kann auch von einer Aufhebung der Wahlfreiheit der Gemeinde insofern nicht gesprochen werden, als sie öffentliche Zwecke in anderen Formen, nämlich

132) so Rüfner, Formen, S. 371

mittelbar im privatrechtlichen¹³³⁾ verfolgen kann. Dafür stehen ihr die privaten Einrichtungen zur Verfügung. Auch bewirkt die Einordnung der öffentlichen Benutzungsverhältnisse ins öffentliche Recht keine Beschränkung des Handlungsspielraums¹³⁴⁾ der Gemeinde. Wie noch zu zeigen sein wird, können die Gemeinden sich der typischen Rechtsformen des Zivilrechts, des Vertrags, nach gesetzlicher Normierung des Öffentlich-rechtlichen Vertrags auch im öffentlichen Recht bedienen, vgl. §§ 54 ff. VwvFG. Mit der Übertragung der zivilrechtlichen Handlungsformen ins öffentliche Recht bleiben sie aber nicht diesem Rechtskreis verhaftet, sondern werden durch die Übernahme "automatisch der Normenhierarchie des öffentlichen Rechts eingeordnet und ihren Rechtsregeln unterworfen"¹³⁵⁾ und damit selbst zu Öffentlich-rechtlichen Regeln. Insofern sind auch die zu beachtenden Normen solche des öffentlichen Rechts.

Noch aus einem anderen Grund wird die gemeindlich Handlungsfreiheit durch die hier vertretene Ansicht nicht beschränkt. Selbst in den nach h. M. "zivilrechtlich ausgestalteten" öffentlichen Benutzungsverhältnissen sollte die Gemeinde den Öffentlich-rechtlichen Bindungen,

133) vgl. Bosse Diss. S. 29 m. w. N. in FN 31 zur Unterscheidung mittelbar-unmittelbar, entsprechend primär-sekundär; zum Verwaltungsprivatrecht als öffentliche Verwaltung vgl. Wolff-Bachof I § 23 S. 105 ff.

134) vgl. die Ausführungen in diesem Kapitel unten S. 73 ff.

135) vgl. Tiemann VerwArch 74 S. 407

insbesondere des Verfassungsrechts, unterworfen bleiben¹³⁶⁾. Die scheinbare "Flucht ins Zivilrecht" bliebe also auch danach ohne rechtliche Konsequenzen und führte nicht zu einer Erweiterung des Handlungsspielraums der Gemeinde.

Auch daraus ergibt sich, daß die vorgenommene Korrektur an der h. M. keine "gewaltsame Korrektur des geltenden Rechts" darstellt.

Auch die Tatsache, daß die Gemeinden in einigen "AGB" oder Satzungen ausdrücklich darauf hinweisen, daß die Rechtsbeziehungen zu den Benutzern der Einrichtung privatrechtlich ausgestaltet seien, steht dem hier vertretenen Ergebnis nicht entgegen. Der Rechtsfolgewille der Parteien kann sich nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen¹³⁷⁾ gestaltend nur auf den tatsächlichen Bereich auswirken, nicht aber auf die rechtliche Beurteilung¹³⁸⁾. Mit der "Wahlfreiheit" der Handlungsformen eröffnet die h. M. daher nicht nur einen Entscheidungsspielraum, sondern auch einen Beurteilungsspielraum, in dem sie sogar die gerichtliche Kontrollzuständigkeit weitgehend zur Disposition der Exekutive stellt¹³⁹⁾. Ihr ist daher nicht

136) vgl. Kull Diss. S. 35 ff.; ausführlich auch Wolfgang Sievert "privatrechtlicher Bereich öffentlicher Verwaltung" in: Festschrift für Hans Niedermeyer, S. 215 ff., Göttingen 1953; Wolff-Bachof I § 23 II b, S. 108; vgl. auch BVerfGE 12 S. 205, 244, 246 ff., als Richtschnur

137) vgl. zum Irrtum über die rechtliche Zuordnung ("falsa demonstratio non nocet"): Palandt-Heinrichs § 155 Anm. 2

138) darauf weist in bezug auf den Darlehnsvertrag bei der Subventionsvergabe auch Menger, VerwArch 78 S. 97, hin

139) vgl. Burmeister DÖV 75 S. 699

nur aus dogmatischen, sondern auch aus rechtsstaatlichen Gründen wegen des Verstoßes gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz, Art. 20 Abs. 2 GG, zu widersprechen.

Die Gemeinden haben daher lediglich die Wahl, ihre Einrichtungen als öffentliche oder private zu qualifizieren. Haben sie diese durch öffentlich-rechtlichen Widmungsakt zugunsten der Öffentlichkeit der Einrichtung getroffen, so sind sie damit auch an die Folgen dieser Wahl, die Geltung öffentlichen Rechts im öffentlichen Benutzungsverhältnis gebunden¹⁴⁰⁾.

b) Nach der "Entlarvung"¹⁴¹⁾ des öffentlichen

140) vgl. zum Verbot des "venire contra factum proprium", aus § 242 abgeleitetes Verbot des widersprüchlichen Verhaltens: Palandt-Heinrichs § 242 Anm. 4 c ee; die Einräumung der Wahlfreiheit bei der Organisationsform widerspricht der hier vertretenen Auffassung bei der Wahl der Handlungsform nicht, da die Organisationsformen eindeutig bestimmten Gesetzen u. damit bestimmten Rechtskreisen zuzuordnen sind; eine AG oder GmbH ist eine Handelsgesellschaft u. damit schon aufgrund ihrer konstituierenden Merkmale dem Zivilrecht zuzurden, umgekehrt der Regiebetrieb oder der Eigenbetrieb aufgrund der entsprechenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften dem öffentlichen Recht; ebenso wie bei der Wahl der Handlungsform die Gemeinden das öffentliche Benutzungsverhältnis nicht zu einem privaten Rechtsverhältnis machen können, können sie eine GmbH nicht zu einer öffentlich-rechtlichen Gesellschaft machen, u. insofern stimmen die hier vertretenen Ansichten zu beiden Problemen im Ansatz überein

141) so sehr anschaulich Ossenbühl DVBl 73 S. 293

Benutzungsverhältnisses als öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis ist für die Fiktion der Zweistufigkeit zumindest in diesem Bereich kein Anlaß mehr gegeben. Zulassung und Benutzung richten sich einheitlich nach öffentlichem Recht. Die zu ihrer dogmatischen Rechtfertigung angeführten Gründe, Nutzbarmachung der vom Zivilrecht bereitgehaltenen und auch in den entsprechenden öffentlichen, auf gegenseitigen Austausch von Leistungen ausgerichteten Rechtsverhältnissen, für kompetent gehaltenen Lösungsmöglichkeiten¹⁴²⁾ einerseits und Einbindung in das öffentliche Recht durch die öffentlich-rechtliche Zulassung andererseits, sind aus denselben Erwägungen nicht mehr stichhaltig, die zur Anwendung ausschließlich öffentlichen Rechts in öffentlichen Benutzungsverhältnissen geführt haben.

Insbesondere nach gesetzlicher Einführung des öffentlich-rechtlichen Vertrages durch das Verwaltungsverfahrensgesetz ist auch die ehemals beachtliche dogmatische Legitimation für die Zwei-Stufen-Theorie entfallen. Die Streitfragen um den öffentlich-rechtlichen Vertrag¹⁴³⁾, die H. P. Ipsen noch 1962¹⁴⁴⁾ bemerken ließen, die Zwei-Stufen-Betrachtung dürfe (allerdings für die Subventionierung) immer noch die "befriedigendste Lösung bieten", sind dadurch im wesentlichen geklärt. Er wolle, so führte er schon damals aus, "gern am Begräbnis der Zwei-Stufen-Theorie teilnehmen", wenn der öffentlich-recht-

142) vgl. dazu insbes. Andreas Hamann "Öffentliche Kredite und Bürgschaften" BB 53 S. 865 ff.

143) zum damaligen Stand der Dogmatik vgl. Imboden, Vertrag, insbes. S. 64 ff.

144) vgl. DVBl 62 S. 137

liche Vertrag "dogmatisch in etwa so 'inkorporiert'" worden sei wie im schweizerischen Recht.

Ipsen dürfte sein Versprechen einzulösen haben, da eine bessere "Inkorporation" als die gesetzliche Einführung dieser Handlungsform nicht denkbar ist¹⁴⁵⁾.

Darüber hinaus hat die Verwaltungsrechtswissenschaft die Lösungsvorräte, die das Zivilrecht anbietet, auch für entsprechende öffentlich-rechtliche Erscheinungen nutzbar gemacht. Es herrscht heute Einigkeit darüber, daß insbesondere auch die vertraglichen Haftungsgrundsätze im öffentlichen Recht entsprechend anwendbar sind¹⁴⁶⁾.

Die Zwei-Stufen-Theorie ~~ist~~ als hilfreiche Übergangslösung zur dogmatischen Einordnung bis dahin nicht bekannter Probleme anzusehen und nunmehr endgültig ad acta zu legen¹⁴⁷⁾.

- c) Auch die gesetzliche Regelung in den Vorschriften des § 102 Abs. 1 und 2 Zweites WoBauG¹⁴⁸⁾

145) Menger hatte schon 1962, vgl. VerwArch 62 S. 278 FN 19, auf Ipsen aaO. bezogen bemerkt: "... Zu fragen ist aber, ob man ein Rechtsinstitut wie den öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht am besten dadurch 'inkorporiert', daß man ihn anwendet".

146) vgl. unten S. 102 ff.

147) zum selben Ergebnis kommen auch: Knack § 54 VwVfG Rdnr. 6.2 und Schlotke Diss. S. 41 ff. ebenso Menger VerwArch 78 S. 102, allerdings bezogen auf öffentliche Subventionen

148) Zweites Wohnungsbaugesetz idF v. 1. 9. 1965 (BGBl III S. 2330-2)

zwingt nicht zur Revision der hier vertretenen Ansicht. Aus ihr ergibt sich kein allgemeiner Grundsatz, der auch für andere Rechtsverhältnisse maßgeblich wäre. Vielmehr wird der Ausnahmecharakter dieser Vorschrift u. a. dadurch betont, daß sie bislang in anderen gesetzlichen Regelungen, insbesondere in den Gemeindeordnungen, keine Entsprechung gefunden hat.

In diesem Zusammenhang soll auch noch kurz auf die beabsichtigte Regelung im RefE zum StaHaG in § 18 eingegangen werden, der folgenden Wortlaut hat:

§ 18 Haftungsabgrenzung zum Privatrecht

- (1) Die Haftung des Trägers öffentlicher Gewalt aus seiner Teilnahme am Privatrechtsverkehr richtet sich nach den dafür geltenden Vorschriften, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist.
- (2) Der Träger haftet, wenn er durch rechtswidrige Ausübung öffentlicher Gewalt den Schaden verursacht, nur nach den Vorschriften des Privatrechts
 1. bei der Verletzung seiner Verkehrssicherungspflicht für Grundstücke, Gewässer, Bauwerke und sonstige Anlagen,
 2. bei der Teilnahme am allgemeinen Land-, Wasser- und Luftverkehr,
 3. bei der Beförderung von Personen und Gütern durch Verkehrsbetriebe einschließlich Bundesbahn und Bundespost,
 4. bei der Heilbehandlung und
 5. bei der Versorgung mit Wasser und Energie.

- (3) Die Verkehrssicherung für öffentliche Straßen und Wasserstraßen ist eine Pflicht des öffentlichen Rechts; für ihre Verletzung haftet der Träger nur nach diesem Gesetz.

In den Bereichen, die auch für öffentliche Einrichtungen relevant sind, also Ziffer 1, 3, 4 und 5, nicht in Absatz 3, soll sich die Haftung nach Privatrecht richten. Deutlich wird aber nicht, ob damit das Rechtsverhältnis insgesamt diesem Rechtskreis zugeordnet werden soll oder nur in bezug auf die Haftungsfrage. Da auf andere Weise jedoch die beabsichtigten Haftungsfolgen nicht zu erreichen wären, muß wohl davon ausgegangen werden, daß damit gleichzeitig von Gesetzes wegen der für diese Benutzungsverhältnisse geltende Rechtskreis festgelegt werden soll. Für die hier vertretene gegenteilige Auslegung wäre daher kein Raum.

Wie sich aus der Begründung des Entwurfs ergibt¹⁴⁹⁾, sollten mit dieser Regelung einmal die einheitliche Behandlung gleicher Lebenssachverhalte erreicht, darüber hinaus der Zufall beseitigt werden, der damit verbunden war, daß "der Staat den Pflichtenkreis, in dem er tätig wird, als hoheitlich oder privatrechtlich qualifiziert."¹⁵⁰⁾ Offenbar hat der Entwurf die h. M. übernommen und sich deren Konsequenzen aufdrängen lassen. Nach hier vertretener Ansicht ist dieser Zufall aber beseitigt, da die öffentlich-rechtliche Haftung nicht zufällig, sondern folgerichtig nur bei unmittelbarer Erfüllung

149) vgl. RefE S. 73

150) vgl. RefE aaO.

öffentlicher Aufgaben, also auch bei der Benutzung öffentlicher Einrichtungen eingreift.

Auch der andere Grund für die beabsichtigte Neuregelung ist nicht stichhaltig. Die Inanspruchnahme eines Krankenhauses, das als öffentliche Einrichtung betrieben wird, und eines privaten Krankenhauses mögen zwar vergleichbare Leistungen erbringen, unterscheiden sich jedoch in dem wesentlichen Punkt der Zwecksetzung, der bei dem öffentlichen Krankenhaus auf unmittelbare Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gerichtet ist^{150a)}, während der Träger eines zivilen Krankenhauses naturgemäß zunächst nach Gewinn strebt. Es handelt sich also nicht um gleiche Lebenssachverhalte, die deshalb auch unterschiedlicher rechtlicher Behandlung bedürfen. Die vorgesehene Regelung muß daher in bezug auf ihren Ausgangspunkt noch einmal gründlich überprüft werden. Wird sie allerdings in der vorgesehenen Form Gesetz, muß dem Rechnung getragen werden.

II. Rechtscharakter des Öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses

Mit der Zuordnung zum öffentlichen Recht allein ist der Rechtscharakter des Benutzungsverhältnisses aber noch nicht erfaßt. Zwar wurde schon betont, daß es sich um ein Rechtsverhältnis handelt und auch wiederholt mit den Adjektiven

150a) vgl. zu diesem Kriterium auch Menger
VerwArch 78, S. 102

vertraglich oder vertragsähnlich in Verbindung gebracht. Damit sollte aber lediglich der Leistungscharakter der Beziehung zum Ausdruck gebracht werden; die rechtliche Qualifizierung steht noch aus¹⁵¹⁾. Diese ist in erster Linie abhängig vom Entstehungstatbestand des Verhältnisses. Ferner interessiert, wer an diesem Verhältnis beteiligt ist.

1. Ein öffentliches Benutzungsverhältnis kann einmal dadurch entstehen, daß zunächst die Frage der Benutzung Gegenstand entsprechender Erklärungen wird, so durch das Einreichen eines Antrags. Zum andern kann aber auch, z. B. bei der Benutzung eines Kinderspielplatzes, die Benutzung erfolgen, ohne daß der Träger der öffentlichen Einrichtung davon erfährt. In den meisten Fällen geschieht die Inanspruchnahme der Einrichtung durch Lösen einer Eintrittskarte wie bei der Badeanstalt oder durch Ausstellen einer Benutzerkarte, z. B. bei der Bibliothek. Die Frage ist daher, ob in allen diesen Fällen ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zustandekommt oder ob es daneben noch eine andere Rechtsform der Benutzung gibt.

Im Zivilrecht, das sich hier aufgrund mancher Ähnlichkeiten zum Vergleich anbietet, wird die Frage, ob z. B. tarifmäßig zu vergütende Leistungen in jedem Fall aufgrund von Verträgen erbracht

151) vgl. auch Budde-Hupfauer Diss. S. 86 zur Verwendung des Begriffs "Vertrag" im allgemeinen Sprachgebrauch

werden, nicht einheitlich beantwortet¹⁵²⁾. Bekannt ist die Rechtsfigur der sogenannten faktischen Vertragsverhältnisse, die zur Erklärung und rechtlichen Erfassung der Inanspruchnahme massentypischer Leistungen ohne besondere Erklärungstatbestände von Haupt¹⁵³⁾ entwickelt wurde. Als Verpflichtungstatbestände werden bei der Diskussion "sozialtypisches Verhalten"¹⁵⁴⁾ und Vertrag genannt. Eine ähnliche Diskussion wird im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisse geführt.

- a) Teilweise wird vertreten, das verwaltungsrechtliche Benutzungsverhältnis entstehe "regelmäßig nicht durch Vertrag, sondern, wie § 7 PostG sehr schön hervorhebe, 'durch Benutzung der Einrichtungen'"¹⁵⁵⁾. Ein Vertrag werde in diesen Fällen nicht geschlossen. Götz¹⁵⁶⁾ verweist hier auch auf die soeben angesprochene Figur des faktischen Vertrags im Zivilrecht und meint, diese vom Zivilrecht "in überaus komplizierter und dogmatisch anfechtbarer Weise" entwickelte Rechtsfigur halte das Verwaltungsrecht in Gestalt des Benutzungsverhältnisses längst bereit. Die Lücken in haftungsrechtlicher Hinsicht werden in dieser "besonderen öffentlich-rechtlichen Ordnung der Beziehungen" durch Anwendung der

152) vgl. z. B. Gudian JZ 67 S. 304 ff. m. w. N.

153) vgl. Günter Haupt "Über faktische Vertragsverhältnisse" in: Festschrift für Heinrich Siber II (1943) S. 5-37

154) vgl. die Nachweise der Larenzschen Ansicht bei Gudian JZ 67 S. 304 FN 4 u. 5

155) vgl. Götz JuS 71 S. 351

156) vgl. JuS 71 S. 351

§§ 276, 278 BGB geschlossen.

- b) Nach anderer Ansicht werden die gemeindlichen Benutzungsverhältnisse als öffentlich-rechtliche Verträge angesehen¹⁵⁷⁾. Auch diese Ansicht nimmt auf die Parallele zum faktischen Vertrag im Zivilrecht Bezug und sieht - insoweit in Übereinstimmung mit der entsprechenden Ansicht im Zivilrecht¹⁵⁸⁾ - in diesem Verhältnis einen echten Vertrag, der auf den gegenseitigen Austausch von Leistungen zugeschnitten sei. Insbesondere Rüfner¹⁵⁹⁾ führt aus, daß die im öffentlichen Recht herrschende Lehre, die den Vertrag auf die untypischen, frei auszuhandelnden Gestaltungen beschränke, auf einer überholten und im Zivilrecht überwundenen Vorstellung von der Funktion des Vertrages beruhe.^{160a)}
- c) Die überwiegende Ansicht geht davon aus, daß der öffentlich-rechtliche Vertrag eines von mehreren Gestaltungsmitteln sei. Die öffentlichen Benutzungsverhältnisse "basieren je nach Sachlage auf öffentlich-rechtlichen Verträgen oder schlichter Anstaltsbenutzung¹⁶⁰⁾". Die

157) vgl. OVG Saarlouis JZ 61 S. 673; VG Berlin JR 72 S. 172; Behtge JR 72 S. 145, wenn auch nicht ausschließlich öffentlich-rechtlich eingeordnet; ebenso Rüfner, Formen, S. 3122 ff. m. ausführlicher Erörterung

158) vgl. dazu die h. M. im Zivilrecht, z. B. BGHZ 21 S. 319 ff.; Palandt-Heinrichs Einf. v. § 145 Anm. 5 a u. b. m. w. N.

159) vgl. Formen S. 318, insbes. FN 252

160) vgl. Ossenbühl DVB1 74 S. 541

160 a) so auch Menger VerwArch 78, S. 98

Entstehung des Benutzungsverhältnisses erfolgt nach dieser Ansicht dementsprechend entweder "unmittelbar durch Rechtsnorm - self-executing-Normen - in Anschluß- und Benutzungszwang" oder durch Gestaltungsakte wie Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlichen Vertrag, der als weitaus seltener angesehen wird¹⁶¹⁾.

- d) Betrachtet man die eingangs geschilderten tatsächlichen Vorgänge, so liegt es nahe, der letzten Ansicht den Vorzug zu geben, da nur dann, wenn wenigsten konkludent ein Einverständnis mit der Benutzung, unabhängig von der Frage des Entgelts¹⁶²⁾, erklärt und nach außen dokumentiert wird, von einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung und damit¹⁶³⁾ auch von einem öffentlich-rechtlichen Vertrag gesprochen werden kann. An diesem Grundsatz ist die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung in bezug auf ihren Rechtscharakter zu messen. Die Frage, ob ein Vertrag geschlossen wurde oder nicht, kann in solchen Fällen, in denen einem ausdrücklichen Antrag auf Benutzung stattgegeben wird, nicht zweifelhaft sein. Zu klären bleibt, ob in anderen Fällen ein vertragsähnlicher Verpflichtungstatbestand vorliegt oder eine "schlichte Anstaltsbenutzung", verstanden als gesetzlicher Entstehungstatbestand eines Be-

161) vgl. Ossenbühl aaO.; daß sich der öffentlich-rechtliche Vertrag in der Praxis noch nicht durchgesetzt habe, wird auch von Brehm Diss. S. 15 ff., insbes. S. 106-108 behauptet

162) z. B. Ausstellen einer unentgeltlichen Benutzerkarte für die Leihbibliothek

163) dies ist selbstverständlich, was auch durch die synonyme Verwendung des Begriffs "Eini-gung" (z. B. § 110 BBauG) zum Ausdruck kommt, vgl. dazu auch Knack § 54 VwVFG Anm. 3.2.1

nutzungsverhältnisses¹⁶⁴⁾. In beiden Fällen wäre ein besonderes, vom allgemeinen Verhältnis zwischen Gemeinde und Einwohner verschiedenes Rechtsverhältnis entstanden, in dem ein - einseitiger oder wechselseitiger¹⁶⁵⁾ - Leistungsaustausch stattfindet. Im Zivilrecht umschreibt die Vorschrift des § 241 BGB diesen Tatbestand als "Schuldverhältnis". Die Bezeichnung kann auf den soeben beschriebenen analogen Tatbestand im öffentlichen Benutzungsverhältnis übertragen werden. Es hat somit den Charakter eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses¹⁶⁶⁾.

Da aber auch das Schuldverhältnis des § 241 BGB verschiedene Entstehungstatbestände kennt¹⁶⁷⁾, ist damit noch nichts über den spezifischen Charakter des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses ausgesagt.

Berücksichtigt man den wesentlichen Gesichtspunkt, der für die Unterscheidung der vertraglichen von den übrigen, insbesondere gesetzlich Entstehungstatbeständen, z. B. durch unerlaubte Handlung¹⁶⁸⁾, maßgeblichen, nämlich das Einverständnis zwischen den Beteiligten, so folgt daraus eindeutig, daß mit der Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtung kein gesetzliches Schuldverhältnis entsteht. Vielmehr hat die

164) so wohl insbes. Ossenbühl DVBl 74 S. 541

165) vgl. zu den verschiedenen Arten von öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnissen Eckert DVBl 62 S. 12; Simons S. 60 ff.

166) vgl. zur Def. Eckert DVBl 62 S. 11

167) vgl. Palandt-Heinrichs Einf. v. § 305 Anm. 2, 4. h cc, 5 u. 6

168) vgl. Palandt-Heinrichs Einf. v. § 305 Anm.

Gemeinde durch die Widmung der Einrichtung das generelle Einverständnis mit der Benutzung durch alle Einwohner¹⁶⁹⁾ erklärt. Wenn diese von dem Benutzungsangebot innerhalb des Widmungszwecks Gebrauch machen, so erfolgt die Benutzung einverständlich. Das entscheidende Kriterium spricht somit für den vertraglichen Charakter des Benutzungsverhältnisses.

Die Bewertung des öffentlichen Benutzungsverhältnisses als öffentlich-rechtlicher Vertrag, wie sie sich aus der Bewertung der tatsächlichen Vorgänge ergibt, offenbart ein Problem, das sich aus der Regelung des § 57 VwVfG ergibt. Danach bedarf der öffentlich-rechtliche Vertrag zu seiner Gültigkeit der Schriftform. Sie ist nur dann erfüllt, wenn sich aus der schriftlichen Fixierung die erlassende Behörde ergibt und sie die Unterschrift oder zumindest die Namenswiedergabe eines vertretungsberechtigten Bediensteten der Gemeinde oder eines Beauftragten enthält¹⁷⁰⁾. Ein konkludenter Vertragsabschluß, wie er im Zivilrecht möglich ist und auch in vielen Fällen der Einrichtungsbenutzung geschieht, würde demnach nicht der Schriftform des § 57 VwVfG genügen.

169) vgl. zum Problem der auswärtigen Benutzer Hans-Joachim Schmidt "Die Benutzung öffentlicher Einrichtungen durch Nicht-Einwohner" in: DÖV 63 S. 214 ff.

170) vgl. Knack § 57 VwVfG Rdnr. 1

Die gesetzliche Folge, die sich aus § 59 Abs. 1 VwVfG in Verbindung mit § 125 BGB ergibt, die Nichtigkeit der getroffenen Vereinbarung, ist weder mit dem Sinn und Zweck der Schriftform noch mit den praktischen Bedürfnissen der Einrichtungsbenutzung zu vereinbaren. Aus der gesetzlichen Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrages in den §§ 54 ff. VwVfG ergibt sich, daß der öffentlich-rechtliche Vertrag als Gestaltungsmittel zur Einzelfallregelung neben das des Verwaltungsakts treten sollte, § 54 Satz 2 VwVfG, soweit subordinationsrechtliche Verträge abgeschlossen werden sollen. Im Gegensatz zum Verwaltungsakt, in dem das Rechtsverhältnis zum Bürger einseitig hoheitlich gestaltet wird, soll der öffentlich-rechtliche Vertrag eine flexiblere Handhabung der zu treffenden Maßnahmen ermöglichen, die auch den Eigenheiten des Einzelfalls gerecht werden kann. Der Bürger soll an dieser Regelung beteiligt sein. Die Fixierung der so nicht einseitig diktierten, sondern ausgehandelten Regelung soll dann schriftlich erfolgen, damit beiden Beteiligten die Tragweite ihrer Vereinbarung noch einmal bewußt wird. Es kann jedoch nicht dem Sinn und Zweck der Schriftformerfordernis entsprechen, die Benutzung öffentlicher Einrichtungen, die ebenfalls aufgrund öffentlich-rechtlicher Verträge erfolgt, über das bestehende Maß hinaus zu erschweren und zu verändern. Es muß davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber bei der Regelung dieser Formvorschrift nicht an die kommunalen öffentlichen Benutzungs-

verhältnisse gedacht hat und insofern eine verdeckte Lücke¹⁷¹⁾ vorliegt. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Gesetzgeber diese massentypischen Verhältnisse an das Schriftform-erfordernis binden und die überwiegende Mehrzahl formlos geschlossener Benutzungsverträge mit dem Nichtigkeitsverdikt belegen wollte. Dies kann auch der Regelung in § 54 Satz 2 VwVfG entnommen werden, in der eine deutliche Parallele zum Verwaltungsakt gezogen wird, der ebenfalls konkludent erlassen werden kann, § 37 Abs. 2 VwVfG.

Im Wege teleologischer Reduktion¹⁷²⁾ ist die Vorschrift des § 57 VwVfG daher auf die öffentlich-rechtlichen Verträge zu beschränken, in denen es nicht um die normale Benutzung öffentlicher Einrichtungen geht, sondern - bezogen auf die Benutzungsverhältnisse - eine im Einzelfall über das normale Maß hinausgehende und deshalb individuell zu gestaltende Inanspruchnahme¹⁷³⁾.

171) vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, S. 377 ff.; vgl. auch zum Unterschied zwischen verdeckter und offener Lücke die Ausführungen S. 206 unten in FN 189

172) vgl. dazu Larenz aaO.; offene Lücken werden durch Analogie ausgefüllt

173) das Problem kann hier nur angerissen werden und bedarf noch weitergehender dogmatischer Absicherung; am Ergebnis indes kann m. E. nicht gezweifelt werden

2. Als Beteiligte an diesem Öffentlich-rechtlichen Vertrag kommen neben der Gemeinde und den Benutzern auch die öffentlichen Einrichtungen in Betracht, sofern sie selbständig sind. Das Problem wurde unter dem Aspekt der Organisationsform schon kurz behandelt¹⁷⁴⁾. Die Frage, ob diese selbständige Einrichtung auch selbst in Rechtsbeziehungen zu den Benutzern tritt, wird im Zusammenhang mit dem Zulassungsanspruch des Benutzers erörtert. Ossenbühl¹⁷⁵⁾ geht offenbar davon aus, daß in diesen Fällen der Öffentlich-rechtliche Vertrag mit der Einrichtung selbst zustandekommt, und bejaht daher einen unmittelbaren Zulassungsanspruch gegen die Einrichtung auch dann, wenn sie von Privaten betrieben wird und nicht unter dem Einfluß der Gemeinde steht¹⁷⁶⁾. Demgegenüber wird überwiegend¹⁷⁷⁾ angenommen, daß Rechtsbeziehungen in dem "Dreiecks-Verhältnis": selbständige Einrichtung-Gemeinde-Benutzer nur zwischen Benutzern und Gemeinde selbst zustandekommen. Dieser Ansicht ist auch zuzustimmen, da die Gemeinde selbst das Benutzungsangebot an ihre Einwohner macht durch "ihre" öffentliche Einrichtung. Nach hier vertretener Auffassung steht die öffentliche Einrichtung auch in den selbständigen Formen unter dem bestimmenden Einfluß der Gemeinde¹⁷⁸⁾, so daß sie selbst in der Lage ist, sowohl tatsächlich als auch rechtlich

174) vgl. oben S. 17 u. 34/35

175) vgl. DVBl 73 S. 294; so auch von Loebell § 19 GO 60 Anm. 2

176) vgl. dazu oben S. 35

177) vgl. Papppermann JZ 69 S. 489; Rauball-Rauball § 19 Anm. 2 (S. 132)

178) insoweit ist Ossenbühl ebenfalls a. A., vgl. aaO. und oben S. 35

den Zulassungsanspruch zu erfüllen. Es besteht daher kein Grund, die Gemeinde aus dieser vertraglichen Verpflichtung zu entlassen. Die Gemeinde ist daher¹⁷⁹⁾ Vertragspartner des Benutzers, die selbständige Einrichtung nur ihr Erfüllungsgehilfe.

III. Rechtliche Gestaltungsformen

Nachdem geklärt ist, welche Rechtsregeln für das öffentliche Benutzungsverhältnis im allgemeinen gelten, soll schließlich die für die vorliegende Untersuchung bedeutsame Frage erörtert werden, auf welche Weise die Gemeinden selbst das einzelne Benutzungsverhältnis durch Erlaß von Regelungen, die u. a. die Haftung in diesem Vertragsverhältnis betreffen, verbindlich gestalten können.

Als Oberbegriff für diese Regelungen wird die Bezeichnung Benutzungsordnung allgemein verwendet¹⁸⁰⁾. Vielfach wird er mit der Anstaltsordnung zum Begriff Anstalts- und Benutzungsordnung zusammengefaßt und auch zusammen untersucht, teilweise werden die vom materiellen Regelungsgehalt her eigentlichen Benutzungsordnungen auch als Anstaltsordnung bezeichnet¹⁸¹⁾.

179) nicht nur "eigentlich", wie Pappermann aaO. vorsichtig formuliert.

180) vgl. Brehm Diss. S. 14/15; Forsthoff S. 419 u. 498; Stober JA 75 S. 739; Wolff-Bachof II § 99 I S. 382

181) vgl. z. B. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 24; Rüfner, Formen, S. 319

Richtigerweise sind jedoch beide Begriffe zu trennen. Die Anstaltsordnung regelt die Struktur der "Anstalt"¹⁸²⁾, also der öffentlichen Einrichtung im hier verstandenen Sinn. Dagegen sind in der Benutzungsordnung die Regeln enthalten, die die Rechtsstellung des Benutzers sowie die Voraussetzungen, den Gegenstand und das Maß der Benutzung oder Leistung bestimmen¹⁸³⁾. Allerdings können beide Regelungsbereiche in einem Normenkomplex zusammengefaßt sein¹⁸⁴⁾. Hier interessieren nur die Regelungsformen, die das Außenverhältnis zum Benutzer betreffen.

In diesem öffentlich-rechtlichen Verhältnis bieten sich als grundsätzlich mögliche öffentlich-rechtliche Regelungsformen die Rechtsverordnung, die Satzung und die nicht-satzungsförmige Benutzungsordnung als generell-abstrakte Regelungen an. Die konkret-individuellen Gestaltungsformen "Verwaltungsakt" und "öffentlich-rechtlicher Vertrag", so wie ~~er~~ oben schon angesprochen und von dem Vertragscharakter des Benutzungsverhältnisses unterschieden wurde, scheiden im vorliegenden Untersuchungszusammenhang, in dem nur allgemeine Haftungsregelungen untersucht werden, als Gestaltungsmittel aus¹⁸⁵⁾.

¹⁸²⁾ vgl. Nitze S. 79

¹⁸³⁾ vgl. Nitze aaO., Wolff-Bachof aaO.

¹⁸⁴⁾ vgl. Wolff-Bachof aaO.

¹⁸⁵⁾ vgl. zum Gegensatz: Satzung-Verwaltungsakt, Forsthoff S. 200/201; vgl. dazu ausführlich Volkmar S. 76 und Zusammenfassung S. 258 m. w. N. zur h. M.; vgl. zu den möglichen Regelungsformen Brehm Diss. S. 16

Soweit Brehm¹⁸⁶⁾ in seiner Untersuchung der Regelungsformen zur Ausgestaltung von Benutzungsverhältnissen den öffentlich-rechtlichen Vertrag neben Satzung und anderen allgemeinen Regelungsformen untersucht, kann dem nicht gefolgt werden. Das Benutzungsverhältnis ist nach hier vertretener Auffassung Vertrag, kann damit nicht Gestaltungsform für allgemeine Regelung in diesem Verhältnis sein¹⁸⁷⁾.

1. Rechtsverordnungen sind untergesetzliche Normen, die von der Exekutive als allgemeinverbindliche Anordnungen getroffen werden und somit abstrakt-generellen Inhalt haben¹⁸⁸⁾. Sie können nur aufgrund besonderer gesetzlicher Ermächtigung erlassen werden, Art. 80 Abs. 1 GG. Da die Gemeinden nicht Ermächtigungsadressaten (nur die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen sind in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG genannt.) sein können, stehen den Gemeinden diese Gestaltungsformen nicht zur Verfügung. Gleichwohl sind sie in gemeindlichen Benutzungsverhältnissen verbindlich, z. B. bei den Verkehrsbetrieben und in

186) vgl. Diss. aaO.

187) der Irrtum von Brehm beruht offenbar darauf, daß er sich nicht vor Prüfung der Ausgestaltungsformen Klarheit über den Rechtscharakter des Benutzungsverhältnisses verschafft hat

188) vgl. Forsthoff S. 131

der Energieversorgung¹⁸⁹⁾. Sie können jedoch nicht von den Gemeinden abgeändert werden, da sie nicht kommunales, sondern staatliches untergesetzliches Bundesrecht sind und damit von ranghöherer Stelle erlassen wurden¹⁹⁰⁾.

2. Soweit keine Regelungen durch Rechtsverordnungen vorliegen, kommt die kommunale Satzung als Regelungsform der Benutzung kommunaler öffentlicher Einrichtungen in Betracht¹⁹¹⁾. Dieses gebräuchlichste Gestaltungsmittel¹⁹²⁾ wird den Gemeinden in den Gemeindeordnungen,

189) vgl. dazu im einzelnen S. 121 ff. unten, auch Wasser- und Fernwärmeversorgung werden aufgrund der Ermächtigung an den Bundesminister für Wirtschaft in den §§ 26, 27 AGBG voraussichtlich durch Rechtsverordnungen umgestaltet; wie die "Rechtsverordnungen" einzustufen sind, die aufgrund landesrechtlicher Ermächtigungen, vgl. z. B. § 29 Ordnungsbehördengesetz (NRW idF v. 28. 11. 1969, GVBl S. 732) von den Gemeinden erlassen werden, mag dahinstehen, da sie jedenfalls nicht den Einrichtungsbereich betreffen, vgl. auch Wilke AÖR 73 (Bd. 98) S. 196 ff.

190) vgl. zur Normenhierarchie Forsthoff S. 126

191) und wird damit zum Abgrenzungskriterium der h. M. zwischen öffentlich-rechtlicher u. angeblicher privatrechtlicher "Ausgestaltung", vgl. oben S. 47

192) vgl. Püttner, Unternehmen, S. 341

vgl. z. B. § 4 GO NRW, § 6 ndsGO¹⁹³⁾, zur Regelung ihrer "eigenen Angelegenheiten" zur Verfügung gestellt. Ob sich die gemeindliche Satzungsgewalt schon aus dem in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG garantierten Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden oder erst aus den speziellen Ermächtigungen der Gemeindeordnungen ergibt, ist streitig¹⁹⁴⁾. Ohne zu diesem Problemkreis grundsätzlich Stellung nehmen zu

193) gleichlautende Bestimmungen in den anderen Bundesländern, auf § 3 DGO zurückzuführen

194) für die Ableitung unmittelbar aus der Selbstverwaltungsgarantie; Badura DÖV 63 S. 561, 565; Bürkle-Storz Diss. S. 115; David Diss. S. 33 u. 34, der Selbstverwaltungsgarantie im engeren u. weiteren Sinne unterscheidet; für unmittelbare Herleitung aus den Gemeindeordnungen: Forsthoff S. 142 u. ausdrücklich 529/530; Gönnenwein S. 144/145; Jakob DÖV 70 S. 166 ff., 667 FN 15; Köttgen DVBl 55 S. 445 ff., 449; Peters, Verwaltungsrecht, S. 287; Valentin Lohr "Satzungsgewalt und Staatsaufsicht" Stuttgart 1963 S. 152 ff.; von Unruh in: von Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 102; vgl. auch Forsthoff S. 523, der die Frage, wie sich die Souveränität (der Gemeinde) historisch ableitet, als "rechtsdogmatisch belanglos", die Frage, ob die Gemeinde eine ursprünglich eigene oder eine vom Staat übertragene Hoheitsgewalt aus dem gleichen Grunde als "unergiebig" bezeichnet; im gleichen Sinne Wolff-Bachof II § 86 VII c 1, S. 209, die darauf hinweisen, daß die streitige Frage, ob Autonomie zur Selbstverwaltung gehöre, an Bedeutung verloren habe, seit "Art. 28 I 2 GG" (wohl richtig: 28 II 1 GG !) die Autonomie garantiere

wollen, spricht wohl mehr dafür, die Satzungs-ermächtigung in den insoweit spezielleren Gemeindeordnungen zu sehen, die dieses Recht ausdrücklich konkretisieren. Die Verfassung enthält insoweit nur allgemeine Grundsätze, die in den Vorschriften der Gemeindeordnungen ihre Konkretisierung erfahren haben und insoweit auch der verfassungsrechtlichen Maxime genügen.

Ob mit der Ermächtigung zum Erlass von Satzungen in den Gemeindeordnungen den Gemeinden auch die Möglichkeit zur Regelung im grundrechtlich geschützten Rechtskreis des Benutzers eröffnet ist, richtet sich danach, ob sie dem Vorbehalt des Gesetzes genügen¹⁹⁵⁾. Davon kann mit Brehm¹⁹⁶⁾, der dies überzeugend nachgewiesen hat, ausgegangen werden. Auch nach den Grundsätzen, die das Bundesverfassungsgericht im "Facharztbeschuß" aufgestellt hat¹⁹⁷⁾, kann die Gemeinde in den Benutzungsverhältnissen die näheren Bedingungen festlegen, also auch die Haftungsfragen berühren, da der Gesetzgeber selbst in den Gemeindeordnungen den Eingriff bereits vorgenommen hat, indem er die Gemeinden zum Erlass von Satzungen zur Regelung ihrer "eigenen Angelegenheiten" ermächtigte. Zu den "eigenen Angelegenheiten" gehören

195) vgl. zur "Freiheit und Eigentum"-Formel: Jakob DÖV 70 S. 666 ff.

196) vgl. Diss. S. 39 ff., insbes. S. 59, gegründet auf die Ausführungen von Jesch S. 29 ff., insbes. S. 33: "Neben der Gesetzesform erfüllt die Vorbehaltsbedingung allein nur die Satzung des Gemeindeparlaments."; zum Inhalt des Vorbehaltsbegriffs ausführlich Rainer Pietzner "Der Vorbehalt des Gesetzes" in: JA 73 S. 339 ff.

197) vgl. BVerfG 33 S. 125 ff., insbes. S. 159; dazu jetzt umfassend: Karl-Ulrich Meyn "Gesetzesvorbehalt und Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden 1977

sicherlich auch die Haftungsfragen bei der Benutzung ihrer öffentlichen Einrichtungen. Ohne schon jetzt zur Frage der Grundrechtsgeltung Stellung nehmen zu wollen, kann somit festgestellt werden, daß Haftungsregelungen in öffentlichen Benutzungsverhältnissen in Satzungsform erfolgen können¹⁹⁸⁾.

3. In vielen Fällen genügen die Benutzungsordnungen aber nicht der Satzungsform, insbesondere dann nicht, wenn die Gemeinden - insoweit irrig - ausgehend vom privatrechtlichen Charakter ihrer öffentlichen Benutzungsverhältnisse, die Benutzung in Form zivilrechtlicher AGB geregelt haben. Diese Bedingungen können nur dann verbindlich sein, wenn die Gemeinden auch zum Erlaß nicht-satzungsförmiger Regelungen in diesem Bereich ermächtigt sind.

Da das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlicher Vertrag ist, könnte sich die Legitimation, genau wie beim Erlaß von AGB im Zivilrecht auch¹⁹⁹⁾, aus der Vertragsfreiheit als inhaltlicher Gestaltungsfreiheit ergeben. Dazu ist festzustellen, daß von einer dem Zivilrecht vergleichbaren Vertragsfreiheit im öffentlichen Recht nicht ausgegangen werden kann²⁰⁰⁾. Zunächst

198) so auch Brehm Diss. S. 137 u. die einhellige Ansicht aller, die zur Haftungsbeschränkung durch gemeindliche Satzung Stellung nehmen, ohne das grundlegende Zulässigkeitsproblem anzusprechen, vgl. die Nachweise oben S. 171 ff. FN 73 ff, insbes. S. 176 FN 91

199) vgl. Palandt-Heinrichs § 305 Anm. 5

200) vgl. Knack § 54 VwVfG Rdnr. 7; dies wird auch von Palder Diss. S. 82 bemerkt

sind schon vom Wortlaut des § 54 Satz 1 VwVfG entgegenstehende Rechtsvorschriften zu beachten, zu denen nicht nur neben Verfassung und Gesetzen die Verordnungen und Satzungen gehören, sondern auch die Verwaltungsvorschriften, die zu einer Selbstbindung der Verwaltung führen können²⁰¹⁾. Soweit daher Rechtsverordnungen oder Satzungen für bestimmte Benutzungsverhältnisse erlassen sind, kommen nicht-satzungsförmige Regelungen von vornherein nicht in Betracht.

Im hier zu untersuchenden Einrichtungsbereich spielen in bezug auf die Haftungsfrage Verwaltungsvorschriften, die nach h. M. im Gegensatz zu Rechtsverordnungen keine unmittelbare Rechtswirkung im Außenverhältnis zum Bürger erzeugen²⁰²⁾, keine Rolle.

Zu denken ist jedoch daran, ein Institut "öffentlich-rechtlicher Leistungsbedingungen"²⁰³⁾ anzuerkennen, das ähnlich den AGB im Zivilrecht der

201) vgl. Knack aaO., Rdnr. 7.1 (S. 453); vgl. zur Selbstbindung der Verwaltung auch Hans-Joachim Mertens "Die Selbstbindung der Verwaltung aufgrund des Gleichheitssatzes" Hamburg 1963; mit Vorbehalten auch Forsthoff S. 96 u. insbes. S. 245/246 m. w. N. zur Rspr.

202) vgl. z. B. BVerfGE 8 S. 154/155; w. N. zur Rspr. des BVerfG bei Wilke AöR 73 (Bd. 98) S. 309; zur Unterscheidung "Innenrecht-Außenrecht" vgl. Schwabe JA 75 S. 45 ff.; Verwaltungsvorschriften werden von Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 486 ff. u. S. 567 als Rechtsnormen angesehen

203) vgl. Püttner, Unternehmen, S. 343

Gemeinde die nähere Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Benutzungsvertrages ermöglichen könnte²⁰⁴⁾.

Püttner²⁰⁵⁾ hält aufgrund der Tatsache, daß nach seiner Ansicht, die hier geteilt wird, das öffentlich-rechtliche Leistungsverhältnis nicht als "gesetzliches", sondern als vertragliches oder vertragsähnliches aufzufassen ist, die Regelung der "wesentlichen Leistungsbedingungen" durch öffentliche Unternehmen für möglich. Allerdings setzt dies nach seiner Ansicht eine "gesetzliche Grundlage nach den allgemeinen Regeln über den Gesetzesvorbehalt" voraus. Dabei wird nicht ganz klar, ob er diese gesetzliche Grundlage bereits für gegeben hält oder sie erst noch geschaffen werden soll, da sie von ihm nicht näher bezeichnet wird.

Ob für diesen Akt der Rechtsetzung²⁰⁶⁾ aber überhaupt eine spezielle gesetzliche Grundlage vorhanden sein muß, ist zumindest nach einer Entscheidung des BVerwG (in bezug auf einen Folgebaukostenvertrag, §§ 1 ff., 30 ff., 127 Abs. 4 BBauG)²⁰⁷⁾ zu bezweifeln. Das zitierte Urteil

204) vgl. Renck JuS 71 S. 78, der zu Recht meint, man müsse "das Problem der AGB beim öffentlich-rechtlichen Vertrag wenigstens sehen und sich mit ihm auseinandersetzen", jedoch resignierend in FN 12 feststellt, "daß der Verwaltungsrechtler mit dem Zivilrecht und dem ZPR in der Tat weniger vertraut ist, als es wünschenswert wäre"

205) aaO.

206) vgl. Püttner, Unternehmen, S. 343/344, nicht wie AGB als "rechtlich zunächst irrelevanter Vorbereitungsakt"; vgl. zum Rechtscharakter von AGB Palandt-Heinrichs § 1 AGBG Anm. 1: "keine Rechtsnormen"

207) vgl. NJW 73 S. 1895

(vom 6. 7. 1973) führt aus²⁰⁸⁾, daß das "Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für Eingriffe in 'Freiheit und Eigentum'"verwaltungsrechtliche Verträge nicht erfasse, weil es wegen der "einverständlichen Mitwirkung" des Betroffenen an einem Eingriff in Grundrechtspositionen fehle, wie er sonst festzustellen sei.

Übertragen auf das Benutzungsverhältnis kann nicht übersehen werden, daß - abgesehen vom Zwangsbenutzungsverhältnis - nur bei der Benutzung selbst, nicht aber der Aufstellung von Bedingungen von einer "einverständlichen Mitwirkung" die Rede sein kann²⁰⁹⁾. Diese Benutzungsbedingungen werden dem Benutzer als vorgefertigte "Regelungsgehäuse"²¹⁰⁾ präsentiert, ohne daß er daran, wie beim Aushandeln eines individuellen öffentlich-rechtlichen Vertrags²¹¹⁾, beteiligt wäre.

Der Begründung des BVerwG kann deshalb ebenso wenig gefolgt werden wie der Annahme einer "Anstaltsgewalt" als Legitimation zum Erlass von Benutzungsordnungen²¹²⁾, da die öffentlichen

208) aaO. A. 1896 (re.Sp.)

209) vgl. dazu auch Brehm Diss. S. 105

210) Ausdruck bei Tiemann VerwArch 74 S. 382

211) wie ihn das BVerwG zu beurteilen hatte

212) vgl. Lerche S. 222 FN 252; vgl. dazu insbes. auch Paetzold Diss. S. 43 m. w. N.; von "besonderen Gewaltverhältnissen" in diesem Bereich sprechen auch heute noch Forsthoff S. 128; Wolff-Bachof I § 25 VIII S. 134, der als Ermächtigung das Gewohnheitsrecht ausreichen läßt

Benutzungsverhältnisse nicht mehr als sogenannte besondere Gewaltverhältnisse angesehen werden können, in denen der Gesetzesvorbehalt nicht oder nur beschränkt gelten soll²¹³⁾.

Die gesetzliche Ermächtigung zur inhaltlichen Ausgestaltung eines öffentlich-rechtlichen Vertrages kann aber nach Erlass des VwVfG aus § 54 Satz 1 dieses Gesetzes entnommen werden, insbesondere aus der Formulierung "geändert". Damit kommt zum Ausdruck, daß neben der grundsätzlichen Möglichkeit des Vertragsschlusses im öffentlichen Recht neben der Handlungsform des Verwaltungsaktes auch eine inhaltliche Gestaltung erfolgen kann, allerdings nur "so weit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen". Deshalb kann auch wegen der im Ergebnis²¹⁴⁾

213) vgl. Brehm Diss. S. 65 ff. zur Entwicklung des Verrechtlichungsprozesses im "besonderen Gewaltverhältnis" unter der Geltung des GG; nach der Entscheidung des BVerfGE 33 S. 1 ff. zum Strafgefangenenverhältnis kann von einer gewohnheitsrechtlichen Ermächtigung oder einem rechtlosen Zustand in diesen Verhältnissen keine Rede mehr sein; wenn dies schon im Zwangsverhältnis der Strafgefangenen zur "Anstalt" nicht mehr gelten kann, dann erst recht nicht im Verhältnis des Benutzers als "Kunden" (so bezeichnet ihn Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 57) u. der öffentlichen Einrichtung; vgl. ferner Jecht S. 107 ff., insbes. zur Ausgliederung der Benutzungsverhältnisse aus den "besonderen Gewaltverhältnissen", insbes. S. 109; Rüfner, Formen, S. 312

214) wie unten noch zu zeigen sein wird, vgl. unten S. 170 ff.

relativ stark eingeschränkten Gestaltungsmöglichkeit nicht von "Vertragsfreiheit" ²¹⁵⁾ im zivilrechtlichen Sinn gesprochen werden.

Dem Charakter als Norm, die der Gemeinde im Öffentlich-rechtlichen Vertragswesen einen Öffentlich-rechtlichen Grundsätzen entsprechenden Gestaltungsspielraum eröffnet, steht auch nicht entgegen, daß, wie bereits an früherer Stelle ausgeführt, die zitierten Vorschriften des VwVfG auf Einzelfallregelungen zugeschnitten sind. Durch die strenge Einbindung in die gesamte Normenhierarchie des öffentlichen Rechts ist die inhaltliche Gestaltung potentiell wegen des Vorrangs der Satzungen als Rechtsvorschriften geringer als bei Regelung durch Satzungen. Außerdem folgt aus dem Wortlaut der Ermächtigung, daß die vertraglichen Benutzungsbedingungen voll auf ihre Vereinbarkeit mit höher-rangigem Recht überprüfbar sind. Der Benutzer wird also durch diese nicht-satzungsförmigen Bedingungen gegenüber Regelungen in Satzungsform nicht schlechter gestellt. Der einzige Unterschied zur Satzungsregelung besteht darin, daß sie nicht vom Gemeindeparlament, sondern von der Verwaltung erlassen werden. Das satzungsgebende Organ der Gemeinde kann jederzeit die Entscheidung über die Benutzung wieder an sich ziehen, indem es eine Satzung erläßt, die die Gemeindeverwaltung bei der Ausgestaltung wegen des Vorbehalts in der Ermächtigung des § 54 Satz 1 VwVfG bindet. Nur in den Fällen, in denen die Benutzung nicht durch Satzung geregelt ist, bleibt Raum für die nicht-satzungsförmige Ausgestaltung. Durch die Nicht-Ausübung der Regelungs-

215) dagegen wohl auch Knack aaO.

befugnisse durch das satzungsgebende Organ ist damit eine Quasi-Ermächtigung an das Exekutivorgan der Gemeinde gerichtet, die jedoch jederzeit widerrufbar ist²¹⁶⁾.

Rechtsstaatliche Bedenken gegen die nicht-satzungsförmigen Benutzungsbedingungen in öffentlichen Benutzungsverhältnissen sind daher nicht zu erheben²¹⁷⁾.

Wenn auch nicht nach den strengen Formvorschriften, die für Satzungen gelten²¹⁸⁾, so

-
- 216) im Ergebnis vertritt Brehm Diss. S. 9[^] ff. keine wesentlich a. A., wenn er die Ermächtigung zum Erlaß nicht-satzungsförmiger Benutzungsregelungen durch Satzungen der Gemeinde zuläßt
- 217) damit sind im Ergebnis öffentlich-rechtliche "AGB" als zulässig anzusehen, wie Püttner, Unternehmen, S. 343, schon angedeutet hat; auch ohne Ermächtigung trat bereits Thieme JZ 64 S. 80 ff., 85, für die Austauschbarkeit von AGB und Benutzungsbedingungen ein; dagegen wandte sich Brehm Diss. S. 79 ff., der jedoch noch nicht die Regelung des § 54 VwVfG berücksichtigen konnte u. den Rechtscharakter des Benutzungsverhältnisses nicht richtig erkannt hat; dieses Problem kann auch im Ansatz noch nicht als geklärt angesehen werden; das hier gefundene Ergebnis, das m. E. den Bedürfnissen der Praxis am ehesten gerecht wird, ohne zu Lasten des Benutzer wichtige rechtsstaatliche Kautelen außer Acht zu lassen, bedarf noch eingehender dogmatischer Absicherung
- 218) vgl. dazu die einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften, z. B. für NRW: Verordnung über die öffentliche Bekanntmachung von kommunalem Ortsrecht v. 12. 9. 1969 (GV NRW S. 684); die richtige Veröffentlichung ist absolute Gültigkeitsvoraussetzung, vgl. Forsthoff S. 144

müssen die Benutzungsbedingungen doch ebenfalls allgemein bekanntgemacht werden, um für die öffentlichen Benutzungsverhältnisse Gültigkeit beanspruchen zu können²¹⁹⁾. Es gehört zu den Essentialien eines Normsetzungsakts wie überhaupt aller regelnden Verwaltungsmaßnahmen, daß sie den Beteiligten in überprüfbarer Weise bekannt gemacht werden²²⁰⁾.

4. Den Gemeinden stehen demnach zur Ausgestaltung ihrer öffentlichen Benutzungsverhältnisse als Handlungsformen Satzung und nicht-satzungsförmige Benutzungsordnung zur Verfügung. Rechtsverordnungen, die für einige Einrichtungsbe-
reiche ebenfalls gültig sind, stellen staatliches Recht dar und unterliegen nicht der gemeindlichen Regelungsbefugnis.
Soweit die Gemeinden ihre nicht-satzungsförmigen Benutzungsregelungen als "AGB" bezeichnen, so ist diese Bezeichnung ebenso wie die Deklaration ihrer öffentlichen Benutzungsverhältnisse als "privatrechtlich ausgestaltet" unschädlich. Es kommt auf den Regelungsinhalt an und auf die Form ihrer Bekanntmachung. Genügen die Benutzungsbedingungen den hier aufgestellten Erfordernissen, so sind sie gültig.

219) so für "Sonderverordnungen" Wolff-Bachof I § 28 I a 3, S. 153 u. zu den dort genannten Möglichkeiten der Bekanntmachung; ebenso Böckenförde/Grawert AÖR 70 (Bd. 95) S. 35/36

220) vgl. dazu Böckenförde/Grawert aaO. S. 36/37, die sogar die Publikation in amtlichen, ständigen oder öffentlichen Publikationsblättern fordern; der deutlich sichtbare Aushang in den Räumen einer Einrichtung, die von Benutzern ständig aufgesucht werden muß, dürfte dafür aber wohl genügen

3. Kapitel: Haftungsgrundlagen im öffentlichen Benutzungsverhältnis

Nachdem der Rechtscharakter der Benutzungsverhältnisse geklärt ist, können auch die Haftungsgrundlagen im öffentlichen Benutzungsverhältnis bestimmt werden. Da sie ausschließlich dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind, kommen auch nur öffentlich-rechtliche Haftungsnormen in Betracht.

Haftung der Gemeinde und Haftung der Benutzer sind dabei getrennt zu untersuchen, da beide Parteien des öffentlichen Benutzungsverhältnisses sowohl Schädiger als auch Geschädigter sein können.

A Grundlagen der Ansprüche gegen die Gemeinde

Die Struktur der Anspruchsgrundlagen im öffentlichen Haftungsrecht gleicht der im Zivilrecht, weist aber einige Besonderheiten auf, die noch aufzuzeigen sind. Zunächst kommt auch hier eine deliktische Haftung in Betracht, die durch die Amtshaftungsansprüche begründet wird. Entsprechend der oben erfolgten Charakterisierung des Benutzungsverhältnisses als vertrags- oder vertragsähnliches Verhältnis kommt auch eine Haftung nach Vertragsgrundsätzen entsprechend zivilrechtlichen Vorschriften in Betracht. Darin eingeschlossen sind Haftung auf Erfüllung von Primär- und Sekundärpflichten. Schließlich sind auch Gefährdungshaftungstatbestände zu berücksichtigen.

Darüber hinaus wird zu untersuchen sein, inwieweit

Aufopferungsansprüche und - insoweit spezifisch öffentlich-rechtlich- Ansprüche aus enteignungs- gleichem Eingriff in Frage kommen.

Die Anspruchsgrundlagen sollen im folgenden in bezug auf Voraussetzungen und Rechtsfolgen und auf ihre dogmatischen Grundlagen dargestellt werden.

I. Amtshaftungsansprüche

Die Voraussetzungen der Amtshaftungsansprüche sind in Art. 34 GG und § 839 BGB geregelt. Schon in der Verschiedenartigkeit dieser Normen - einerseits Verfassungsrecht, andererseits einfaches Bundesrecht - zeigt sich die Besonderheit der Regelung des Amtshaftungsrechts. Sie geht nämlich von zwei Haftungsmodellen aus, die historisch bedingt sind. Zunächst wurde durch § 839 BGB die Beamtenhaftung eingeführt. Nach dieser Vorschrift, die die bei Einführung des BGB herrschenden Rechtsvorstellungen von einem privatrechtlichen Verhältnis zwischen Staatsdiener und Landesherr (Mandatskontrakt) wiedergibt¹⁾, haftet allein der Beamte für von ihm in Ausübung seines Amts begangene unerlaubte Handlungen. Mit der Regelung des § 89 BGB wurde daneben die Haftung des "Fiskus" und selbstständiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts, also eine Haftung der Staatsorgane über § 31 BGB angeordnet. Damit war aber eine Haftung des hoheitlich auftretenden Staats noch nicht begründet²⁾. Diese Regelung einer Amtshaftung wurde

1) vgl. Ossenbühl, Stahr, S. 2

2) vgl. Ossenbühl, Stahr, S. 4

nach Art. 77 EGBGB³⁾ den "landesgesetzlichen Vorschriften" überlassen. Eine reichseinheitliche Regelung fehlte also. Die zuvor in einigen Einzelstaaten eingeführte Überleitung der Beamtenhaftung auf den Staat⁴⁾ fand auch in der Weimarer Reichsverfassung Eingang, vgl. Art. 131 WRV. Die Regelung des Art. 34 GG basiert erkennbar auf dieser Vorschrift.

Sie enthält nach h. M. selbst keine Anspruchsgrundlage⁵⁾, wie sich aus dem Wortlaut ergibt. Voraussetzung der Haftung der Anstellungskörperschaft (des öffentlichen Rechts, also des Staates) ist, daß eine natürliche Person, "je-mand", den Haftungstatbestand erfüllt. Nur unter den in Art. 34 GG genannten Voraussetzungen trifft den Staat die Haftung, nämlich, wenn ein Organ eines Trägers öffentlicher Verwaltung, "Amtswalter"⁶⁾, in Ausübung eines "öffentlichen Amtes", also hoheitlich⁶⁾, "in Ausübung" seines Amtes eine einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt und dabei einen Schaden verursacht hat⁷⁾. Die Unterschiede zu der selbständig neben dieser aus

3) Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. 8. 1896 (RGBl S 604)

4) vgl. Ossenbühl aaO., z. B. in Preußen und Bayern

5) vgl. Wolff-Bachof I § 64 II a, S. 565; so schon Walter Jellinek "Schadenersatz aus Amtshaftung und Enteignungsentschädigung" JZ 55, S. 147 ff.; a. A. August Bettermann "Vom Sinn der Amtshaftung" JZ 61 S. 482 ff., aber nicht überzeugend, da im Wortlaut nicht gedeckt; ebenso unrichtig: Papier S. 180 ff. m. bezug auf Bettermann aaO.

6) vgl. Wolff-Bachof aaO.

7) vgl. Wolff-Bachof aaO. u. S. 566

zwei Vorschriften unterschiedlichen Rangs zusammengesetzten⁸⁾ Anspruchsgrundlage anwendbaren Norm des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB bestehen darin, daß nach h. M.⁹⁾ ein Beamter im staatsrechtlichen Sinn (als Statusbegriff i. S. d. beamtenrechtlichen Vorschriften)⁹⁾ Schädiger sein muß und die schädigende Handlung nicht "in Ausübung" seines öffentlichen Amtes, sondern im Rahmen privatrechtlicher Verwaltungstätigkeit begangen hat¹⁰⁾. Diese Eigenhaftung des Beamten greift jedoch wegen der Subsidiaritätsklausel in § 839 Abs. 1 Satz 2 und wegen der Vorschriften in Art. 34 GG sehr selten ein¹¹⁾.

Die Abgrenzung der Eigenhaftung des Beamten von der Haftung des Staats hängt also davon ab, ob ein Beamter in Ausübung seines "öffentlichen Amtes" tätig geworden ist oder nicht¹²⁾. Darin liegt das

-
- 8) vgl. Ossenbühl, StahR S. 7
- 9) vgl. Palandt-Thomas § 839 Anm. 3 a; a. A. Gützkow DÖV 53 S. 289 ff. u. S. 293 (li.Sp.); Wolff-Bachof I § 64 I b 2, S. 559; der Frage soll hier nicht weiter nachgegangen werden; vgl. zum strafrechtlichen Beamtenbegriff § 11 Ziff. 2 StGB: "Amtsträger"
- 10) vgl. Ossenbühl, StahR S. 15/16
- 11) beim Sonderfall der Vertretung der Gemeinde in Organen wirtschaftlicher Unternehmen der Gemeinde durch Beamte ist der Ersatz rechtlich erfaßt; hier wird aber nach den Vorschriften der Gemeindeordnungen, z. B. § 91 Abs. 3 GO NRW, die Eigenhaftung ebenfalls stark eingeschränkt; sie soll nicht weiter untersucht werden, da die Problemlage in öffentlichen Benutzungsverhältnissen in solchen Fällen nicht von der allgemeinen abweicht
- 12) zum hier maßgeblichen Sinn von "öffentlich" vgl. Wolff-Bachof I § 64 II c 1, S. 566; zur Problematik auch Ossenbühl aaO.

wesentliche Problem des noch geltenden Staatshaftungsrechts. Zum einen wird damit die gesamte Problematik der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht wieder aufgerissen, wobei allerdings festzustellen ist, daß zumindest im hier untersuchten Teilbereich die Abgrenzung nach der oben entwickelten Abgrenzung leichter geworden ist. Zwar wird die Grenze der Unterscheidung verschoben, die Kriterien an der neudefinierten Grenze sind jedoch leichter zu bestimmen.

Zum andern ist äußerst schwierig zu erfassen, was unter dem Begriff des "öffentlichen Amts" zu verstehen ist. Eine systematische Erfassung scheitert bereits daran, daß von der Erledigung der Aufgabe her, bei deren Erfüllung es zum Schaden gekommen ist, in sehr vielen Fällen nicht bestimmbar ist, ob es sich um eine öffentliche oder private handelt, da die Abgrenzung zwischen privaten und staatlichen, also öffentlichen Aufgaben umstritten ist¹³⁾. Insbesondere bei Verletzung der Straßenverkehrssicherungs- und Regelungspflicht herrscht Streit darüber, ob hier Amtshaftungsansprüche eingreifen können oder ob eine zivilrechtliche Haftung in Betracht kommt¹⁴⁾. Dies kann jedoch, wie die Erörterung der übrigen Probleme im Zusammenhang mit der Verletzung der Straßenverkehrssicherungspflicht auch, auf sich beruhen, da

13) vgl. dazu ausführlich: Hans-Peter Bull "Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz" Frankfurt/Main 1973; vgl. auch Ossenbühl S. 14 FN 24 m. w. N.

14) vgl. vor allem die in sich widersprüchliche Begründung des BGH, begründet durch die Entscheidung in BGHZ 9 S. 373 und zuletzt bestätigt in BGH NJW 73, S. 460, 461; im übrigen zur BGH-Rspr. : Herbert Arndt "Die Straßenverkehrssicherungspflicht in der Rechtssprechung des BGH", 2. Auflage 1973; zur Kritik vgl. vor allem Wolff-Bachof I § 57 V b 2, S. 505 m. Verw. auf die neueren Vorschriften des Straßenrechts der Länder u. w. N.

die öffentlichen Straßen und Wege nicht zu den öffentlichen Einrichtungen im hier vertretenen Sinne zu zählen sind¹⁵⁾. Wegen des öffentlich-rechtlichen Charakters der Benutzungsverhältnisse ist die Verkehrssicherungspflicht im übrigen als Amtspflicht aufzufassen¹⁶⁾.

Wesentlich für die hier zu untersuchenden Verhältnisse ist damit nur die Anspruchsgrundlage des Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB. Dieser Anspruch richtet sich nach dem Wortlaut des Art. 34 GG gegen den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der Amtswalter steht. Diese Formulierung ist nicht so eindeutig, wie sie zu sein scheint. Das Im-Dienst-Stehen kann einmal von der Funktion des handelnden Amtswalters und zum anderen in bezug auf sein Anstellungsverhältnis zu bestimmen sein. Akut wird dieses Problem bei Beamten mit Doppelstellung, z. B. den Oberkreisdirektoren in NRW, die zugleich untere Verwaltungsbehörde (Funktion¹⁷⁾) und Hauptverwaltungsbeamter des Kreises als Körperschaft des öffentlichen Rechts¹⁸⁾ sind.

15) vgl. oben S. 14

16) vgl. Dagtoglou in: BK Art. 34 GG Rdnr. 116 a. E.

17) vgl. § 9 Abs. 2 Gesetz über die Organisation der Landesverwaltung - Landesorganisationsgesetz v. 10. Juli 1962 (GVBl NRW 421)

18) vgl. §§ 1, 37a-c, e, g, 47 I, 49 KrO. f. d. Land NRW idF der Bekanntm. v. 19. 12. 1974 (GVBl NRW 1975 S. 84) m. Ausnahme der Ordnungsangelegenheiten, vgl. § 45 i. V. m. § 48, Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden (OBG) in NRW idF der Bekanntm. v. 28. 10. 1969 (GVBl NRW S. 732)

Welcher Anknüpfungspunkt, Funktion oder Anstellung, bei der Auswahl des Haftungssubjekts entscheiden soll, ist nach h. M. und Rechtssprechung differenziert zu entscheiden danach, wer dem Amtsträger das Amt, in dessen Ausübung er den Schaden verursacht hat, übertragen hat¹⁹⁾.

Hier interessiert besonders die ebenfalls umstrittene Frage, ob auch eine juristische Person des Privatrechts, also eine öffentliche Einrichtung in Form einer AG oder GmbH, als Körperschaft im Sinne des Art. 34 GG und damit als Haftungssubjekt in Betracht kommt. Nach Rechtssprechung und h. M.²⁰⁾ sind nur Körperschaften des öffentlichen Rechts in Art. 34 GG gemeint, obwohl der Wortlaut eine andere Interpretation zuläßt. Deshalb wird teilweise auch vertreten, daß ein privates Rechtssubjekt haftende Körperschaft sein könne²¹⁾.

Diese Mindermeinung ist jedoch abzulehnen, da Sinn und Zweck der Regelung in Art. 34 GG unter anderem auch dahin gehen, dem durch hoheitliches Handeln Geschädigten einen finanzstarken Haftungsschuldner zu geben²²⁾. Zumindest kann die Gemeinde durch

19) vgl. BGHZ 2 S. 350; BGHZ 54 S. 165; NJW 70 S. 57; vgl. ferner Wolff-Bachof I § 64 II g 1 m. w. N., sogenannte Amtsübertragungstheorie; vgl. auch E. R. Huber Bd. 1 S. 546

20) vgl. BGH NJW 68 S. 443; Ossenbühl, Stahar, S. 65; Wolff-Bachof I § 64 II g, S. 567

21) vgl. E. R. Huber aaO. u. S. 547; von Mangoldt-Klein Art. 34 GG Anm. III 6 a

22) vgl. RGZ 96, S. 148; zu den rechtspolitischen Gründen der Haftungsübernahme vgl. Ossenbühl, Stahar, S. 5

privatrechtliche Organisation ihrer öffentlichen Einrichtungen ihre Haftung nicht ausschließen dürfen, zumal bei der Rechtsform der GmbH, die dem Haftungszugriff nur eine geringe und beschränkte Vermögensmasse bietet²³⁾.

Die Gemeinde ist daher nicht nur Schuldner des Verschaffungsanspruchs, sondern haftet auch selbst für alle Schäden, die den Benutzern ihrer öffentlichen Einrichtungen durch schuldhaftes Verhalten der Amtswalter in Ausübung ihrer hoheitlichen Aufgaben durch Verletzung einer den Benutzern gegenüber obliegenden Amtspflicht entstehen²⁴⁾.

Für die Feststellung des Schadens gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze, §§ 249 ff. BGB, wobei eine wesentliche Einschränkung insoweit gegeben ist, als der Grundsatz der Naturalrestitution nicht auf Fälle ausgedehnt werden kann, in denen dem Benutzer Schaden durch rechtswidrigen Erlaß oder rechtswidrige Ablehnung von Verwaltungsakten, Störungen als Folge schlichten Verwaltungshandelns etc. entsteht. Hier müßten die Zivilgerichte, bedingt durch die Regelung in Art. 34 Satz 3 GG, die Gemeinde verurteilen, belastende Verwaltungsakte aufzuheben, begünstigende zu erlassen, die Folgen rechtswidrigen Handelns zu beseitigen etc., was aber nur zum Entscheidungspotential der Verwaltungsgerichte gehört. Deshalb geht der Erstattungsanspruch auch nur auf Zahlung von Geld oder

23) so im Ergebnis auch Ossenbühl, StahR, S. 65

24) im öffentlich-rechtlich zu qualifizierenden Beamtenverhältnis sind auch die konkreten Einzelpflichten dem öffentlichen Recht zuzuordnen und damit dem Benutzer gegenüber zu erfüllende Amtspflichten; vgl. dazu auch Rüfner DÖV 73 S. 809 und seine daraus abgeleitete Auffassung der Beschränkung der Amtshaftung, insbes. unten S.178 ff. der Arbeit

Lieferung vertretbarer Sachen²⁵⁾.

Die Untersuchung kann die in ein konkretes Stadium getretenen Reformbemühungen zur Neuregelung des Staatshaftungsrechts nicht außer Acht lassen. Das zur Zeit noch geltende Amtshaftungsrecht weist zahlreiche Ungereimtheiten auf und führt deshalb zu Ergebnissen, die dem mit der Einführung der Staatshaftung ursprünglich verfolgten Zweck zuwiderlaufen. Insbesondere die Tatsache, daß die Staatshaftung immer vom schuldhaften Verhalten einer ganz bestimmten Person, des Amtswalters, abhängen soll, wird als unerträglich angesehen. Daneben sei auch die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB, die wegen der Personenbezogenheit der Haftung auch für den Staat gilt, nicht interessengerecht²⁶⁾.

Deshalb sind seit geraumer Zeit Bestrebungen im Gange, die eine Neuregelung des Staatshaftungsrechts zum Ziel haben²⁷⁾. Mittlerweile liegen die oben schon zitierten Referentenentwürfe vor. Wesentlichste Neu~~ung~~ung wird danach die Loslösung der

25) vgl. BGHZ 5 S. 102; BGHZ 34 S. 104, 108/109; darüber hinaus ist der Ersatz immateriellen Schadens gem. § 847 BGB möglich

26) vgl. dazu ausführlich u. zur rechtspolitischen Fragestellung Ludwig Renck "Zur Reform des Staatshaftungsrechts" ZRP 77 S. 221 ff.

27) vgl. zur Kritik am bestehenden Amtshaftungsrecht auch Bender, StahR, S. 68 ff.; vgl. Eckart Yersin, Abhandlung "Das Problem/Gesetzgebung" in JA 73 S. 829 ff.

Staatshaftung vom Verschulden und die Einführung einer reinen Rechtswidrigkeitshaftung sein. Die entsprechenden Vorschriften, nämlich Art. 1 Ziff. 2 des RefE für ein Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes lautet:

Artikel 34

- " (1) Die Haftung der öffentlichen Gewalt für ihr rechtswidriges Verhalten wird gewährleistet. Im Streitfall steht der Rechtsweg offen.
- (2) Das Nähere regelt ein Bundesgesetz, das auch eine Haftung für rechtswidrige Gesetzgebung vorsehen kann; das Gesetz bedarf der Zustimmung des Bundesrates. "

und § 1 Abs. 1 des RefE für ein Staatshaftungsgesetz:

- " § 1 Haftung für rechtswidriges Verhalten öffentlicher Gewalt
- (1) Wird jemand durch rechtswidrige Ausübung öffentlicher Gewalt geschädigt, so haftet der Träger dem Geschädigten nach diesem Gesetz, wenn die Gewalt eine Pflicht des öffentlichen Rechts verletzt, die ihr dem Geschädigten gegenüber obliegt.
- (2) ... "

Außerdem entfällt die Haftung für Personen, also der Amtswalter. Auch hierzu soll der RefE zitiert werden, vgl. §§ 1 Abs. 3, 18 Abs. 5 des Entwurfs für ein Staatshaftungsgesetz:

- § 1 Haftung für rechtswidriges Verhalten öffentlicher Gewalt
- (1) ...
 - (2) ...
 - (3) Personen, durch die der Träger die öffentliche Gewalt rechtswidrig ausübt, haften dem Geschädigten nicht.
- § 18 Haftungsbegrenzung zum Privatrecht
- (1) ... (2) ... § ... 4 ...
 - (5) Personen, durch die der Träger die in Abs. 1 und 2 genannten Tätigkeiten ausübt, haften dem Geschädigten nicht.

Weitere Einzelheiten werden an den Stellen erörtert, an denen ein Zusammenhang mit dem Inhalt der einzelnen Regelungen festzustellen ist.

II. Ansprüche aus vertraglichen Grundsätzen

Entsprechend der Qualifizierung des öffentlichen Benutzungsverhältnisses als Vertragsverhältnis und schuldrechtsähnliches Sonderverhältnis kommt neben der deliktischen auch eine Haftung in Betracht, die aus vertraglichen Grundsätzen abgeleitet ist. Da das öffentliche Recht kein spezifisches Haftungssystem für öffentlich-rechtliche Verträge entwickelt hat, muß auf die Normen und die Dogmatik des Zivilrechts zurückgegriffen werden. Schon bislang herrschte darüber in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit²⁸⁾. Diese Auffassung wurde in

28) vgl. die umfangreiche Rspr.: z. B. BGHZ 17 S. 191; BGHZ 21 S. 214; BGHZ 54 S. 299; BGHZ 59 S. 303; BGH NJW 74 S. 1816 ff. m. w. N. zur Rspr. und Schrifttum; vgl. im übrigen auch Blume Diss. S. 37 ff, insbes. S. 37 ff.

§ 62 Satz 2 VwVfG bestätigt.

Man streitet lediglich darum, ob diese Grundsätze analog oder in Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze ins öffentliche Recht zu übertragen sind. Dieser rechtstheoretische Streit hat keinerlei praktische Auswirkungen und soll daher nicht weiter vertieft werden²⁹⁾.

Insbesondere in den öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen werden schon seit langem vor allem die Grundsätze der positiven Forderungsverletzung und die Vorschriften der §§ 276, 278 BGB angewandt³⁰⁾. Im zivilrechtlichen Haftungssystem muß der Schuldner aber nicht nur für von ihm begangene Sorgfaltspflichtsverletzungen einstehen³¹⁾, sondern zunächst ("primär")³²⁾ für das vertragsgemäße Erbringen der geschuldeten Leistung. Wenn es daher zu Störungen kommt, greifen die für solche "Leistungsstörungen"³³⁾ gesetzlich normierten oder entwickelten Haftungsgrundsätze, die sekundären Leistungspflichten, ein. Bei diesen, um die es hier geht, sind Voraussetzungen und Rechtsfolgen verschieden, je nachdem, ob eine Haupt- oder Nebenleistungspflicht verletzt wurde³⁴⁾, oder, mit

29) vgl. zu der Kontroverse Papier S. 71 ff. m. w. N.

30) vgl. BGH NJW 77, S. 197 m. Verweis auf Rspr.; vgl. ferner Ossenbühl, Stahar, S. 222 m. weiteren Beispielen zur Rspr. des BGH

31) gleich haften im hier verstandenen Wortsinn, vgl. Palandt-Heinrichs, Einleitung v. § 241 Anm. 3 b aa

32) vgl. zur Unterscheidung zwischen "primären" u. "sekundären" Leistungspflichten: Palandt-Heinrichs Einleitung v. § 241 Anm. 1 e

33) zum Begriffsinhalt vgl. Fikentscher S. 182/183; zur Verwendung in diesen Zusammenhängen: Simons S. 141; beim öffentlich-rechtlichen Vertrag: Bullinger DÖV 77 S. 812 ff.

34) vgl. zur Terminologie Meyer NJW 77 S. 1712

den Kategorien Fikentschers, ob es sich um einen Fall der Nichterfüllung oder der Schlechterfüllung³⁵⁾ handelt.

1. Die Fälle der Nichterfüllung wegen Unmöglichkeit lösen Haftungsansprüche aus, wenn die Unmöglichkeit vom Schuldner zu vertreten ist, §§ 280, 325 BGB³⁶⁾, wobei jeweils die Unmöglichkeit der im einseitigen oder im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Leistungsverpflichtungen geregelt wird.

Ob im übrigen auch alle anderen Alternativen der §§ 323-327 BGB in den Fällen, in denen nur Verzug - insoweit Schlechterfüllung - vorliegt, anwendbar sind, ist umstritten.

Teilweise³⁷⁾ wird im Gegensatz zum Zivilrecht die Vorschrift des § 326 BGB insofern modifiziert angewandt, als das öffentliche Interesse an der Erfüllung des Schuldverhältnisses gebiete, den Wegfall des Gläubigerinteresses nicht zu berücksichtigen. Die starre Berücksichtigung des Parteiinteresses sei dem öffentlichen Recht fremd³⁸⁾.

35) vgl. Fikentscher S. 184, 185

36) die bloße Nichterfüllung ist noch keine Leistungsstörung: Fikentscher aaO.; im verwaltungsrechtlichen Vertrag vgl. Eckert DVBl 62 S. 11 ff. (17)

37) vgl. Eckert DVBl 62 S. 19; Simons S. 142, der meint, idR. stelle das Festhalten des Gläubigers keine belastende Unzumutbarkeit dar; vgl. auch Schwär Diss. S. 159 u. für teilweise Unmöglichkeit S. 121

38) so ausdrücklich Eckert aaO.

Dem gegenüber sieht Tiemann³⁹⁾ keinen Grund, die zwingende Rechtsfolgeanordnung des hier anwendbaren zivilrechtlichen Haftungssystems bei Störung des Synallagmas der Leistungsbeziehung mit den Wahlmöglichkeiten des Schuldners auszuschließen. Er verweist zur Begründung auf die weitgehende Kongruenz der Funktions- und Interessenstruktur zwischen privatrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Vertragslagen⁴⁰⁾. Nur bei Anordnung eines Anschluß- und Benutzungszwangs sei das öffentliche Interesse den Individualbedürfnissen des Benutzers vorzuziehen.

Im Ergebnis dürfte der Ansicht Tiemanns auch zuzustimmen sein. Das öffentliche Interesse kann nur dann zum Ausschluß des Rücktrittsrechts führen, wenn es zwingend das Festhalten des Benutzers am Vertrag gebietet, was nur bei Anordnung von Anschluß- und Benutzungszwang oder anderen Zwangsbenutzungsverhältnissen gegeben ist. Im übrigen steht die Inanspruchnahme der Leistung im Belieben des Benutzungsgläubigers, so daß er auch unter den entsprechenden Voraussetzungen vom Vertrag zurücktreten und ggf. die bereits erbrachte Gegenleistung zurückfordern kann. Ein irgendwie geartetes öffentliches Interesse kann dem nicht entgegenstehen. Also kann der Benutzer alle als Rechtsfolgen der in den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts geregelten Leistungsstörungen

39) vgl. Tiemann VerwArch 74 S. 381 ff., insbes. S. 392/393

40) vgl. auch Simons S. 142 ff., der die Ansicht für solche verwaltungsrechtlichen Verträge teilt, an denen nur Private beteiligt sind, vgl. S. 142 FN 32, im übrigen aber der Ansicht Eckerts folgt; falsch aufgefaßt von Tiemann aaO. FN 48, 50, der ihm zu Unrecht Widersprüchlichkeit vorwirft

enthaltenen Ansprüche geltend machen, es sei denn, daß ein Zwangsbenutzungsverhältnis vorliegt^{40a)}.

Es gelten aber nicht nur die Anspruchsgrundlagen selbst, sondern auch die anderen Regeln, insbesondere zum Verschulden gemäß § 276 und der Zurechnung fremden Verschuldens, § 278 BGB. Hinsichtlich der letzten Vorschrift ist anzumerken, daß die Gemeinde auch für Private, die sie zur Erfüllung ihrer Vertragspflichten heranzieht, also selbständige öffentliche Einrichtungen, gemäß § 278 haftet⁴¹⁾. Dies ergibt sich auch eindeutig aus § 62 Satz 2 VwVfG, soweit das öffentliche Benutzungsverhältnis als öffentlich-rechtlicher Vertrag anzusehen ist.

2. Darüber hinaus kommen Ansprüche aus Gewährleistungen in Frage, soweit das Benutzungsverhältnis dem bestimmten Vertragstypus des BGB entspricht, z. B. ist Wasserlieferung als kaufähnlich, Benutzung von Stadthallen als mietähnlich, Bibliotheksbenutzung als leihähnlich, Müllabfuhr als werkvertragsähnlich anzusehen^{41a)}.
3. Schließlich ist auch der Anspruch aus positiver Vertragsverletzung, der in analoger Anwendung

40a) vgl. zur Rechtslage nach den Vorschriften des VwVfG auch Meyer NJW 77, S. 1713

41) vgl. Ossenbühl, Stahr, S. 231

41a) vgl. BGHZ 59 S. 303; Thiemann VerwArch 74 S. 394

der Vorschriften der §§ 280, 325, 286, 326 BGB entwickelt wurde⁴²⁾, im verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis anwendbar⁴³⁾. Trotz fehlender positiv-rechtlicher Grundlage gehört dieser Anspruch seit langem zum gesicherten Bestand des Schuldrechts.

- a) Er greift einmal in den Fällen der Schlechtleistung ein, in denen eine den Regeln des Gewährleistungsrechts beim Kauf- oder Werkvertrag entsprechende Regelung, z. B. beim Dienstvertrag, fehlt⁴⁴⁾. Aber auch bei Verträgen mit Gewährleistungsvorschriften, neben Kauf- und Werkvertrag auch Miete, kann die Haftung aus positiver Vertragsverletzung begründet sein, wenn es um Ersatz von weitergehenden Schäden als den durch den Mangel begründeten geht⁴⁵⁾. Zum anderen haftet derjenige Vertragspartner aus positiver Vertragsverletzung, der ihm obliegende

42) vgl. Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 7 a bb m. dem Hinw. darauf, daß der ursprüngliche Streit um den Rechtsgrund der Haftung heute im wesentlichen nur noch dogmengeschichtliche Bedeutung habe

43) vgl. Meyer NJW 77 S. 1712 m. w. N.

44) vgl. Palandt-Heinrichs aaO.

45) bei den einzelnen Vertragstypen sind vor allem die Abgrenzungen zwischen Mangelschäden u. Mangelfolgeschäden unterschiedlich u. teilweise umstritten, vgl. im einzelnen u. ausführlich Guenter Todt "Die Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers aus Sachmängel" Heidelberg 1970

Nebenpflichten, insbesondere Sorgfaltspflichten⁴⁶⁾ verletzt und dabei dem anderen einen Vermögensschaden zufügt. Die Voraussetzungen des Anspruchs im einzelnen sind:

Zunächst darf der Tatbestand einer anderen privatrechtlichen Anspruchsgrundlage des Vertragsrechts (nicht Deliktsrechts) nicht eingreifen. Der Anspruch aus positiver Vertragsverletzung ist insoweit subsidiär⁴⁷⁾. Er setzt eine rechtswidrige und schuldhaftige Verletzung einer der oben genannten Vertragspflichten voraus.

Die Rechtsfolgen sind vielfältig. Zunächst und vor allem ist der Anspruch aus positiver Vertragsverletzung auf Ersatz des erlittenen Schadens gerichtet. Grundsätzlich erfaßt er nur den Vertrauensschaden, das sogenannte negative Interesse, wobei der geschädigte Vertragspartner sowohl unmittelbare als auch mittelbare Schäden geltend machen kann⁴⁸⁾. Bei gegenseitigen Verträgen ist aber ausnahmsweise dann das Erfüllungsinteresse zu ersetzen, wenn die Vertragsverletzung den Vertragszweck derart gefährdet, daß dem anderen Teil ein Festhalten am Vertrag nicht zuzumuten ist⁴⁹⁾. Für diesen Fall kann auch ein Rücktrittsrecht in Betracht kommen.⁵⁰⁾

46) dazu gehören die verschiedenartigsten Pflichten, die auch aus § 242 BGB herzuleiten sind, vgl. im einzelnen Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 7 c

47) st. Rspr., RGE 88, S. 318; vgl. zur Rspr. des BGH grundsätzlich BGHZ 33, S. 203 u. 302; zum öffentlichen Recht BGHZ 17 S. 191

48) vgl. BGHZ 11, S. 83

49) vgl. Sörgel-Schmidt v. § 275 Bem. 39

50) vgl. Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 7 e bb m. N. zur st. Rspr.

Bei Dauerschuldverhältnissen, wie z. B. Miete oder Pacht, erfolgt die Loslösung vom Vertrag durch Kündigung aus wichtigem Grund⁵¹⁾.

- b) Auch bei dieser Anspruchsgrundlage ist allerdings die Übertragbarkeit sämtlicher Rechtsfolgen auf die öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisse umstritten. Das Problem wurde oben schon erörtert und stellt sich hier nicht grundsätzlich neu. Vielmehr muß hinsichtlich der Rücktrittsfolgen auch hier gelten, was oben schon ausgeführt wurde. Es besteht kein Grund, erst recht kein öffentliches Interesse, den Benutzer an einem Rechtsverhältnis mit der Gemeinde festzuhalten, das von dieser aus von ihr zu vertretenden Gründen nachhaltig und gravierend gestört wurde⁵²⁾. Nur unter diesen verschärften Voraussetzungen kommt ein Rücktritt in Betracht. Eine Ausnahme bilden auch hier die Zwangsbenutzungsverhältnisse, wobei in äußersten Extremfällen eine Loslösung möglich sein muß. Grundsätzlich ist jedoch von einer Gemeinde eher als von einem Privaten ohne öffentlich-rechtliche und vor allem auch politische Bindungen zu erwarten, daß sie vor allem in Zwangsbenutzungsverhältnissen die größtmögliche Sorgfalt an den Tag legt.

51) vgl. Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 7 e cc

52) vgl. auch Schwär Diss. S. 167, der die Rechtsfolge Rücktritt nicht erwähnt, den Anwendungsbereich Haftung für positive Vertragsverletzung im öffentlichen Recht für ebenso weitgehend hält wie im Zivilrecht; vgl. zur Rechtsfolge nach Erlaß des VwVfG: Meyer NJW 77 S. 1712

4. Ist ein Vertrag noch nicht zustande gekommen, so kann sich ein Anspruch aus culpa in contrahendo (c. i. c.) ergeben. Ein solcher Anspruch, der aus dem in den Vorschriften der §§ 122, 179, 307, 309, 463 Satz 2, 663 BGB enthaltenen Rechtsgedanken des Schadensersatzes ohne wirksamen Vertrag abgeleitet wurde, setzt die Anbahnung von Vertragsverhandlungen voraus oder ein sonstiges nicht-vertragliches Vertrauensverhältnis⁵³⁾. Weiter muß der eine Vertragsteil eine dem anderen Teil gegenüber obliegende Sorgfaltspflicht verletzt haben, z. B. ihm trotz des für ihn erkennbaren Gegenteils den Abschluß eines Vertrags vorgespiegelt oder ihn in einem entsprechenden Irrtum trotz einer Aufklärungspflicht belassen haben⁵⁴⁾. Diese Verletzung muß ebenfalls schuldhaft, also vorsätzlich oder fahrlässig geschehen und zu einem Schaden des anderen geführt haben.

Ob es sich bei diesem durch die Schädigung begründeten Rechtsverhältnis um ein gesetzliches

53) vgl. Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 6 a, vor allem aber Oskar Hartweg "Culpa in contrahendo als Korrektiv für 'ungerechte Verträge'" in: JuS 73 S. 733 ff., insbes. 736 m. w. Einzelheiten zur Geschichte der Entwicklung des nicht-positiv-rechtlich geregelten Anspruchs

54) vgl. Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 6 b aa m. w. Beispielen in den Anm. bb, dd

oder rechtsgeschäftliches handelt, ist umstritten, kann aber auf sich beruhen, da unstreitig die Vorschriften des allgemeinen Schuldrecht, insbesondere § 278 BGB, anwendbar sind⁵⁵⁾. Insoweit gilt das bereits zur Haftung aus positiver Vertragsverletzung Ausgeführte.

Auch die Anwendbarkeit dieser Haftungsgrundsätze im öffentlichen Recht ist nicht streitig⁵⁶⁾.

Der Rechtsgedanke des Vertrauensschutzes, der zur Haftung aus c. i. c. führt, ist sogar im öffentlichen Recht noch stärker ausgeprägt als im Zivilrecht⁵⁷⁾. Die Rechtsfolge ist Schadensersatz, und zwar grundsätzlich Ersatz des Vertrauensschadens⁵⁸⁾. Ausnahmsweise ist jedoch auch das Erfüllungsinteresse zu ersetzen, wenn der Vertrag ohne die c. i. c. zustande gekommen wäre. Wegen des gesetzlichen Anspruchs auf Zulassung zur Benutzung und damit auch auf Vertragsabschluß muß dies erst recht gelten, wenn die Gemeinde entweder die Zulassung schuldhaft abgelehnt oder sonstige Umstände herbeigeführt hat, die die Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtung verhindert haben. Dabei ist zu be-

55) vgl. Fikentscher S. 64/65 m. w. N. zum Meinungsstreit

56) vgl. OVG Münster MDR 71, S. 331 m. w. N.; vgl. auch Schwär Diss. S. 167; zuerst erörtert von Simons S. 172 ff., insbes. 175

57) darauf weist Schwär Diss. S. 169 ebenfalls hin

58) vgl. Palandt-Heinrichs §. 276 Anm. 6 c

achten, daß auch insoweit nur eine subsidiäre Haftung in Betracht kommt. Soweit gesetzliche Sonderhaftungstatbestände eingreifen, z. B. Gewährleistungsvorschriften, sind die Haftungsgrundsätze der c. i. c. nicht anwendbar⁵⁹⁾.

Die Vorteile der Anwendbarkeit vertraglicher Haftungsnormen im öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnis für den Benutzer sind nicht zu übersehen.

Im Gegensatz zum Amtshaftungsrecht gibt es hier keine gesetzlichen Haftungsausschlüsse, wie sie durch die Subsidiaritätsklausel in § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB vorhanden sind. Für die Praxis von überragender Bedeutung ist die Anwendbarkeit des § 278 BGB im Vertragsverhältnis, womit die Zurechenbarkeit für fremdes Verschulden, insbesondere hier auch die Zurechenbarkeit des Verschuldens selbständiger Einrichtungen, eröffnet ist. Außerdem gibt § 282 BGB eine wesentliche Beweis-erleichterung für Verschulden, die ebenfalls dem deliktischen Amtshaftungsrechts fremd ist⁶⁰⁾. Außerdem verjähren die vertraglichen Ansprüche, ausgenommen die Gewährleistungsansprüche, in 30 Jahren⁶¹⁾, während der Amtshaftungsanspruch der kürzeren Verjährung nach § 852 BGB unterworfen ist.

Allein nachteilig wirkt sich das Fehlen eines Schmerzensgeldanspruchs aus, da dieser Anspruch

59) der Anspruch aus c. i. c. wird von Palder in seiner Dissertation nicht behandelt

60) vgl. im einzelnen Blume Diss. Einleitung S. 1 ff., Papier S. 17 ff.

61) vgl. Palandt-Danckelmann § 195 Anm. 2

gem. § 847 BGB nur dann eingreift, wenn eine unerlaubte Handlung, also auch eine Amtspflichtverletzung, vorliegt.

III. Ansprüche aus Gefährdungshaftung

Die bisher aufgezeigten Anspruchsgrundlagen setzen, von den Gewährleistungsvorschriften abgesehen, ein Verschulden des Schädigers voraus. Kraft besonderer gesetzlicher Anordnung ist für einige spezielle Haftungsfälle eine Haftung auch ohne Verschulden vorgesehen. Es handelt sich dabei um die Gefährdungshaftung, die von Gesetzes wegen angeordnet wird. Hier werden allerdings nur die Tatbestände untersucht, die in den gemeindlichen Benutzungsverhältnissen eine Rolle spielen können und für dieses Verhältnis typisch sind⁶²⁾.

62) von vornherein scheiden somit aus §§ 25 ff AtomG, § 7 Abs. 1 StVG, § 12 Abs. 6 PostG, § 33 LuftG, § 1 RHPflg., da diese Anspruchsnormen auch gegenüber Nicht-Benutzern anwendbar sind u. insofern keine Besonderheiten aufweisen; dies gilt auch für die Gefährdungshaftungstatbestände der §§ 833 u. 836 BGB, für die Anwendbarkeit im Öffentlich-rechtlichen Bereich vgl. vor allem Tiemann VerwArch 77 S. 381 ff.

1. In der Energieversorgung geben die Tatbestände des § 1 a RHPfLG^{66a)} einen Schadensersatzanspruch, wenn durch einen auf die bestimmten, im Gesetz näher beschriebenen Wirkungen der Elektrizität oder des Gases oder auf das Vorhandensein einer solchen Anlage zurückzuführenden Unfall ein Mensch getötet oder verletzt oder eine Sache beschädigt wird. Die anderen Bestimmungen der Vorschrift enthalten die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Haftung nicht eingreift, vgl. § 1 a Abs. 3 Satz RHPfLG.
2. Im Rahmen der Benutzung der öffentlichen Verkehrsmittel finden die Vorschriften des § 1 SHG⁶³⁾ beim Betrieb von Straßenbahnen und des 8 a Abs. 1 StVG⁶⁴⁾ für Kraftfahrzeuge Anwendung, wobei insoweit aber noch die Vorschriften der aufgrund § 58 Abs. 1 Ziff. 3 PBefG⁶⁵⁾ erlassenen Verordnung über die allgemeinen Beförderungsbedingungen⁶⁶⁾ zu berücksichtigen sind.
Während nach dem SHG mit den dort geregelten

63) Gesetz über die Haftpflicht der Eisenbahnen u. Straßenbahnen für Sachschäden v. 29. 4. 1940 (RGBl I S. 691, BGBl III 935/2)

64) Straßenverkehrsgesetz v. 19. 12. 1952 (BGBl I S. 837)

65) PBefG v. 21. 3. 1961 (BGBl III 9240-1)

66) vgl. Verordnung über die allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- u. O-Bus-Verkehr sowie den Linienverkehr m. Kraftfahrzeugen v. 27. 2. 1970 (BGBl I S. 230)

66a) Gesetz betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken usw. herbeigeführten Tötungen und Verletzungen vom 7. 6. 1871 (RGBl. S. 207)

Haftungsbeschränkungen nur Sachschäden ersetzt verlangt werden können, geben die Vorschriften des StVG und des PBefG Ersatz für Körperschäden oder den Tod eines Menschen.

3. Zu denken ist neben diesen positiv-rechtlich geregelten Anspruchsgrundlagen an das Eingreifen eines allgemeinen öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftungstatbestandes.

a) Mit dem Hinweis darauf, daß ein Bedürfnis zum Ersatz von Schäden bestehe, die von der öffentlichen Gewalt verursacht, aber nicht von den bisher erörterten Anspruchsgrundlagen erfaßt werden, bejaht Forsthoff⁶⁷⁾ eine generelle öffentliche Gefährdungshaftung. Aus dem Schweigen des Gesetzgebers könne nicht geschlossen werden, daß solche Schäden nicht ersatzfähig seien. Vielmehr ergebe sich ein Anspruch dann, wenn durch eine über das normale Maß hinausgehende individuelle und außergewöhnliche Gefahrenlage unmittelbar ein Schaden herbeigeführt werde, wobei sowohl Sach- als auch Körperschäden auszugleichen seien⁶⁸⁾.

b) Demgegenüber lehnt die h. M.⁶⁹⁾ einen derarti-

67) vgl. S. 359 ff.

68) vgl. Forsthoff S. 363; ebenso OLG Neustadt MDR 58 S. 427; dazu ausführlich Karl Zeidler: "Über die Technisierung der Verwaltung" Karlsruhe 1959

69) vgl. BGH NJW 71, S. 32, DVBl 71 S. 176, NJW 71 S. 607; NJW 75 S. 117; vgl. Bender, StahAR, Rdnr. 22 ff.; Tiemann VerwArch 74 S. 387 in FN 29; Wolff-Bachof I § 66 II a, S. 574

gen Anspruch zu Recht ab. Die von der Gegenansicht aufgestellten Kriterien sind zu konturlos, als daß damit der Gefahr begegnet werden könnte, "uferlosen Entschädigungsansprüchen das Wort zu reden"⁷⁰⁾. Gerade diese Gefahr, der Forsthoff zu begegnen meint, kann aber mit seiner Ansicht nicht gebannt werden. Dies ergibt sich allein schon aus der von ihm aufgestellten Voraussetzung, daß der Schaden "unmittelbar" durch die öffentliche Gewalt herbeigeführt werden müsse. Welche Abgrenzungsschwierigkeiten sich dabei ergeben können, zeigt im Zivilrecht anschaulich der Streit über die Abgrenzung zwischen Mangelschäden und Mangel-
folgeschäden im Werkvertragsrecht. Mithin kommt eine öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung über die gesetzlich normierten Tatbestände hinaus nicht in Betracht.

- c) Allerdings kommt die Haftung aus Enteignungs- und Aufopferungsgrundsätzen vielfach im Ergebnis einer Gefährdungshaftung gleich. Diese Haftungsgrundsätze haben aber den Charakter von Auffangtatbeständen in solchen Fällen, in denen ein Schadensausgleich aus verfassungsrechtlichen Gründen, insbesondere wegen des Verstoßes gegen Art. 14 Abs. 1 GG, dringend geboten erscheint. Es handelt sich dabei nicht um Schadensersatzansprüche, sondern um Ausgleich für hoheitliche Beeinträchtigungen. Für die hier zu untersuchenden Haftungsfälle geben

70) vgl. Forsthoff aaO.

aber die erörterten Schadensersatzansprüche bestimmungsgemäßen Ausgleich, so daß es des Rückgriffs auf diese allgemeinen Grundsätze nicht bedarf⁷¹⁾.

IV. Konkurrenzen

Dem Benutzer stehen für schuldhaft verursachte Schäden neben den Amtshaftungsansprüchen aus Art. 34 GG, § 839 BGB vertragliche Rücktritts- und Schadensersatzansprüche zu. Auch für nicht-schuldhaft verursachte Schäden haftet die Gemeinde. Zum einen kommen hier die Gewährleistungsansprüche in Betracht, die eine Art Garantiehaftung auslösen. Zum andern geben die gesetzlich normierten Gefährdungshaftungstatbestände Schadensersatz. Alle diese Ansprüche stehen selbständig nebeneinander, also in echter Anspruchskonkurrenz⁷²⁾.

Dies soll auch nach dem EstahaG nicht anders werden. Nach § 16 StahaG können neben den Ansprüchen aus den Tatbeständen dieses Gesetzes auch Ansprüche geltend gemacht werden nach Vorschriften über:

71) vgl. Tiemann aaO. S. 395

72) vgl. Papier S. 90; vgl. Tiemann aaO. m. zahlreichen w. N. in FN 57 - 60

Ziff. 1: " Die Haftung aus Öffentlich-rechtlichen Verträgen und ähnlichen Rechtsverhältnissen,

Ziff. 2: Die Gefährdungshaftung, insbesondere als Inhaber oder Besitzer gefährlicher Betriebe, Anlagen und Stoffe, als Verursacher schädlicher Umwelteinwirkungen oder als Tierhalter, ..."

An dieser Konkurrenz wird sich also in Zukunft nichts ändern.

B Haftung der Benutzer und ihre gesetzlichen Grundlagen

Zur Erörterung der Haftungsregelungen in gemeindlichen Einrichtungsbenutzungsverhältnissen gehört auch die Frage, welche Haftung den Benutzern auferlegt wird. Andernfalls würde das Haftungsgefüge nicht erschöpfend erfaßt⁷³⁾. Als Haftungstatbestände kommen naturgemäß nicht die Amtshaftungsansprüche und die Gefährdungshaftungstatbestände in Betracht, die vom Wortlaut her nicht auf den Benutzer anwendbar sind, z. B. § 1 a RHPfLG.

Die Benutzer müssen jedoch als Vertragspartner ebenso für die Erfüllung ihrer Leistungspflichtung eintreten wie die Gemeinde auch. Demnach kommen die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts, §§ 275 ff, 323 ff. BGB, auch auf sie voll zur Anwendung⁷⁴⁾. Dabei ist zu beachten, daß eine Einschränkung der Unmöglichkeitregeln insoweit gegeben ist, als die Leistung des Benutzers in aller Regel in der Zah-

73) dies übersieht Palder in seiner Diss; so richtig aber Tiemann VerwArch 74 S. 395

74) vgl. Tiemann aaO.

lung eines Entgelts besteht und somit wegen § 279 BGB der Benutzer in jedem Fall für seine Leistungsfähigkeit einstehen muß. Eine Einschränkung der Rechtsfolge ergibt sich auch insofern, als die Gemeinde sich nicht so leicht aus dem Benutzungsverhältnis wird lösen können, wie dies oben dem Benutzer bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen ermöglicht wurde. Auf seiten der Gemeinde führt der grundsätzliche Benutzungsanspruch des Einwohners, vgl. z. B. § 18 Abs. 1 GO NRW, zu einer stärkeren Bindung an den Vertrag. Insofern müßten hartnäckige oder gravierende Leistungsstörungen durch den Benutzer erfolgen, damit die Gemeinde vom Vertrag zurücktreten könnte.

Die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung und der culpa in contrahendo finden auch bei vom Benutzer verursachten Schäden Anwendung⁷⁵⁾. Hier gelten dieselben Grundsätze wie in umgekehrter Anspruchsrichtung mit der soeben angesprochenen Besonderheit, daß der Rücktrittsanspruch aus positiver Vertragsverletzung nur unter verschärften Bedingungen ausgelöst werden kann⁷⁶⁾.

75) vgl. Tiemann aaO.

76) dieser Frage wurde, soweit ersichtlich, noch keine Beachtung geschenkt

4. Kapitel: Tatsächliche Haftungsregelungen in gemeindlichen öffentlichen Be- nutzungsverhältnissen

Nachdem die rechtlichen Strukturen, die das öffentliche Benutzungsverhältnis in haftungsrechtlicher Hinsicht bestimmen, deutlich gemacht sind, sollen im folgenden ergänzend kurz die tatsächlichen Regelungen dargestellt werden¹⁾.

Die Systematik der Darstellung hat sich daran auszurichten, daß beide Parteien des Benutzungsverhältnisses Haftungssubjekt sein können. In den Haftungsregelungen, die allein von den Gemeinden erlassen werden, sind Regelungen zu erwarten, die die Haftung der Gemeinde gegenüber der gesetzlichen Rechtslage verbessern, die Haftungslage des Benutzers dagegen ungünstiger zu beeinflussen suchen. Andernfalls bestünde für die Gemeinde kein Anlaß, überhaupt Haftungsregelungen in Benutzungsbedingungen aufzunehmen.

A Haftungsregelungen in bezug auf die Haftung der Gemeinde

Wie der Verwender von AGB im Zivilrecht wird auch die Gemeinde versuchen, ihre Eigenhaftung so weit wie möglich zu verringern, um die finanzielle Belastung möglichst gering zu halten. Zumindest besteht ein solches rechtliches und finanzpolitisches Interesse. Ob es allgemeinen

1) eine eingehendere Überprüfung der inhaltliche Haftungsregelungen hätte gründlicher empirischer Untersuchung bedurft, die Gegenstand einer gesonderten Forschungsarbeit sein sollte und den Rahmen der vorliegenden Arbeit gesprengt hätte

politischen Zielvorstellungen entspricht, mag dahinstehen, da hier nur die rechtliche Seite interessiert.

Die Haftungsbeschränkungen setzen an zwei Punkten an, dem schadenstiftenden Verhalten der Gemeinde oder ihrer Bediensteten und dem entstandenen Schaden. Im einzelnen hat die Untersuchung, die nicht den Anspruch der Vollständigkeit erhebt, sondern vielmehr nur beispielhaft einige wenige Regelungen erfaßt hat, folgendes ergeben.

I. Regelungen mit generellem Haftungsausschluß

Bei der Darstellung der von den Gemeinden benutzten Regelungen der Benutzungsverhältnisse ist zu berücksichtigen, daß ein wesentlicher Bereich, nämlich die Versorgungsverhältnisse, durch "allgemeine Versorgungsbedingungen" (AVB) geregelt werden. Sie werden einheitlich in diesem Bereich verwandt. Auf Regelungssystematik- und Inhalt soll wegen der Allgemeingültigkeit gesondert eingegangen werden.

1. Die AVB sind ihrem Rechtscharakter nach Rechtsverordnungen, die aufgrund der Ermächtigungsgrundlage in § 7 Satz 1 EnWiG²⁾ im Jahre 1942

2) vgl. das "Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (Energiewirtschaftsgesetz)" v. 15. 3. 1935 (RGBl I S. 1451 m. zahlreichen Gesetzesänderungen, vgl. auch BGBl III 752/1)

erlassen wurden und damit vorkonstitutionelles staatliches Recht sind³⁾. Soweit ersichtlich, werden sie immer noch in allen größeren Städten der Bundesrepublik ausnahmslos verwendet⁴⁾. Bei der Lieferung von Strom und Gas sind bezüglich der Haftung folgende Regelungen enthalten:

Abschnitt II, Ziff. 5:

" Nachlässe und Schadensersatz werden in keinem Fall (auch nicht bei Abweichungen von - der festgelegten Spannung 5 / dem festgelegten Heizwert- und Druck 6 - vgl. II 1) gewährt. / ... "

und

Abschnitt V, Ziff. 8:

" Durch Vornahme oder Unterlassung der Prüfung der Anlage sowie durch ihren Anschluß an das Leitungsnetz übernimmt/übernehmen das EW/die Stadtwerke keinerlei Haftung. "

3) vgl. Riedel S. 11 m. w. N. zur Rspr.

4) dem Verf. lagen die AVB der Strom-, Wasser-, Gas- und - soweit vorhanden Wärmeverversorgungsbetriebe vor von folgenden Großstädten: Aachen, Berlin, Bielefeld, Bremen, Dortmund, Düsseldorf, Essen, Frankfurt, Hamburg, Hannover, Kiel, Köln, Lübeck, München, Münster, Nürnberg, Recklinghausen, Saarbrücken, Siegen, Stuttgart, Wuppertal; die AVB sind abgedruckt bei Eiser-~~Federer~~, Energiewirtschaftsgesetz, Teil IV A

5) bei Elektrizität

6) bei Gas

Diese Bestimmungen gelten nur für die sogenannten Tarifabnehmer, also für den ganz überwiegenden Teil der Benutzer⁷⁾.

Über die Auslegung der Vorschrift des Abschnitts II Ziff. 5 in bezug auf die Reichweite des Haftungsausschlusses herrscht Streit⁸⁾.

Teilweise wird vertreten, daß in dieser Vorschrift eine allgemeine Freizeichnung für die Schäden enthalten sei, die ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen verursache. Begründet wird dies mit der Stellung der Vorschriften in Abschnitt I und II, die den anderen als "großer Buchstabe am Anfang, allgemeiner Teil" vorangestellt seien.

Demgegenüber vertritt die h. M. die Auffassung, aus Sinn und Zweck⁹⁾ und der redaktionellen Einordnung¹⁰⁾ der Vorschrift folge, daß der Haftungsausschluß nur für Schäden aus mangelhafter Vertragserfüllung gelten könne. Nicht erfaßt werden danach Ansprüche auf Schadensersatz solcher Schäden, die aufgrund einer technischen Störung unmittelbar an Sachen des Tarifabnehmers hervorgerufen werden. Der Ausschluß bezieht sich darin nur auf Schäden, die auf die typische Betriebsgefahr der Energieversorgung zurückzuführen sind¹¹⁾.

7) vgl. zum Problem der "Sonderabnehmer" Riedel S. 38 ff.

8) vgl. dazu im einzelnen Riedel S. 14 ff., auf dessen Ausführungen sich die Darstellung stützt

9) teleologische Interpretation

10) systematische Interpretation

11) vgl. BGH NJW 69 S. 1903 m. Verw. auf das Urt. dess. Senats v. 21. 10. 58, NJW 59 S. 38; Riedel S. 26 m. Nachweisen in FN 85; a. A. Eiser-Riederer Teil IV A

Seinem Wortlaut nach enthält auch die Bestimmung des Abschnitts V Ziff. 8 einen Haftungsausschluß. Legt man jedoch diese Vorschrift ihrem Sinn und Zweck und der Überschrift "Anlage des Abnehmers" entsprechend aus, so ist festzustellen, daß sie keine Ansprüche des Abnehmers ausschließt, sondern vielmehr klarstellt, daß für die Abnehmeranlagen ausschließlich der Abnehmer, nicht aber das Energieversorgungsunternehmen verantwortlich ist¹²⁾. Da hier jedoch keine Pflicht vom Energieversorgungsunternehmen übernommen wurde, enthält diese Vorschrift auch keinen Haftungsausschluß¹³⁾ im eigentlichen und hier zu untersuchenden Sinn.

2. Neben den für die Elektrizitäts- und Gasversorgungsverhältnisse ausnahmslos verwandten AVB werden entsprechende Regelungen in einigen Städten bei den Wasser- und Wärmelieferungsverträgen benutzt.

a) Bei den allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wasser sind vom Aufbau her zwei verschiedene Regelungen anzutreffen¹⁴⁾.

12) vgl. im einzelnen Riedel S. 32 ff.

13) ein ähnliches Problem stellt sich bei der Bestimmung der Amtspflichten

14) vgl. auch die Mustersatzung bei Wolfgang Ludwig/Hans Odenthal "Die Wasserversorgung durch die Gemeinden" Köln 1962, S. 13 ff., 18, § 12 "Wasserlieferung"

Teilweise finden sich Regelungen, die sich in Systematik und auch in der Bezeichnung stark an die AVB der Energieversorgung anlehnen. So enthalten die "AVB-Wasser" der Stadtwerke Düsseldorf AG¹⁵⁾ eine entsprechend auf die Wasserlieferung umformulierte Regelung, die sogar im Wortlaut den AVB nachgebildet ist¹⁶⁾. Auch hier bezieht sich der Ausschluß der Haftung, soweit nichts anderes oder Zusatzliches vereinbart ist¹⁷⁾, lediglich auf die mit der Wasserversorgung typischerweise

15) Ausgabe April 1975 unter Abschnitt II "Art und Umfang der Versorgung" Ziff. 5

16) Ähnlich die "Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (ABW)" der "Energie- und Wasserversorgungs-AG (EWAG) Nürnberg", Stand 1. 1. 1965, m. der Besonderheit unter Abschnitt IX "Haftung", einer ausdrücklichen, über die in Abschnitt II Ziff. 6 hinausgehenden Haftungsfreizeichnung für jegliches Verschulden außer Vorsatz; wie die Stadtwerke Düsseldorf auch die "Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wasser" der Technischen Werke der Stadt Stuttgart AG (TWS) v. 18. 7. 1957 unter II Ziff. 5

17) vgl. Anm. 16



verbundenen Gefahren.

- b) Auch in einigen Wärmelieferungsverträgen sind generelle Haftungsfreizeichnungsklauseln enthalten. So sehen die "Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wärme aus dem Fernheizwerk (AVB-Wärme) der Gas-, Elektrizitäts- und Wasserwerke Köln AG (GEW)¹⁸⁾" ebenfalls einen Haftungsausschluß nur für Schäden vor, "die durch Unterbrechung oder Unregelmäßigkeit der Wärmelieferung entstehen sollten", also für typische Betriebsgefahren¹⁹⁾.

Im Unterschied zu den AVB- Strom und Gas haben diese allgemeinen Bedingungen nicht den Charakter von allgemeinverbindlichen Rechtsnormen als Rechtsverordnungen. Vielmehr müssen sie in der oben beschriebenen Weise in das öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis wirksam einbezogen werden²⁰⁾.

3. Die so beschriebenen AVB sind nur noch zeitlich begrenzt gültig, da durch das AGBG von 1976 in den Vorschriften der §§ 26, 27 in § 7 EnWiG als Absatz 2 eine Verordnungsermächtigung eingeführt wurde, nach der der Bundesminister für Wirtschaft zur Neuregelung der AVB in der Energieversorgung

18) Stand nicht bekannt, unter Abschnitt XI "Nachlässe und Schadensersatz" Ziff. 2

19) ebenso die "Allgemeine Bedingung für die Versorgung mit Wärme aus dem Dampfnetz" der Stadtwerke Frankfurt/Main Kraftwerk v. 3. 12. 1951 unter Abschnitt II "Verpflichtung des Kraftwerks" Ziff. 4, Satz 2

20) vgl. oben S. 90/91

und, vgl. § 27 AGBG, der Versorgung mit Wasser und Fernwärme Rechtsverordnungen erlassen kann. Hier sind also in jedem Fall Neuregelungen zu erwarten, die die Grundgedanken des AGB-Gesetzes verkörpern müssen^{20a)}.

4. Aber nicht nur in diesen Versorgungsverhältnissen sind Haftungsfreizeichnungen anzutreffen, die die Haftung für Schäden, die durch die Inanspruchnahme der Einrichtung auch durch Verschulden ihrer Bediensteten und Organe eingetreten sind, ausschließen. So ist z. B. die Haftung für eingebrachte Sachen in Krankenhäuser, Badeanstalten etc, so weit sie in der Obhut des Benutzers bleiben, regelmäßig ausgeschlossen, also auch dann, wenn Bedienstete der Gemeinde Schäden an Sachen in der Obhut der Benutzer vorsätzlich verursachen²¹⁾.

20a) vgl. Ulmer-Brandner-Hensen § 26 Rdnr. 1 (Amtliche Begründung des § 14 des Regierungsentwurfs zum AGBG, BT-Drucks. 7/3919 S. 44)

21) vgl. § 19 II "AGB" des Krankenhauses Süd der Hansestadt Lübeck

II. Haftungsbegrenzung auf bestimmte Schuldformen

In den Versorgungsverhältnissen, die sich nicht auf Strom und Gas beziehen, verwenden zur Zeit die Gemeinden noch vorwiegend Haftungsregelungen, in denen die Haftung nur für bestimmte Schuldformen ausgeschlossen ist.

1. Auch hier sind Wasser- und Wärmelieferungsbedingungen gesondert zu betrachten, weil sie sich den AVB Strom und Gas sowohl hinsichtlich Regelungsinhalt als auch in der Systematik annähern und insofern allgemeine Bedeutung erlangt haben.

a) Bei der Wasserversorgung sind vor allem zwei Regelungssysteme zu unterscheiden. Die eine Ausprägung, "Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser",²²⁾ übernimmt praktisch die AVB im übrigen Regelungsinhalt. Im Unterschied zu den oben zitierten AVB-Wasser²³⁾ ist aber die Regelung in Abschnitt II Ziff. 5 dahin modifiziert, daß die Haftung für Vorsatz nicht ausgeschlossen wird. Insoweit ist die Haftung auf Vorsatz beschränkt. Eine inhaltlich gleiche Regelung enthalten die "Allgemeinen Bedingungen für die Wasserversorgung (ABW)", die einer anderen Systematik fol-

22) vgl. z. B. die gleichlautende Regelung der Stadtwerke Saarbrücken AG v. 1. 9. 1976

23) vgl. oben S. 123 a FN 14

gen²⁴⁾, nämlich insofern, als die Haftungsregelung in § 11 "Nachlässe und Schadensersatz" Abs. 2 enthalten ist:

"... Schadensersatzansprüche gegen die Stadtwerke, deren Organe und Bedienstete wegen Einschränkungen oder Unterbrechungen der Wasserlieferung, Änderungen des Drucks oder der Beschaffenheit des Wassers oder aus sonstigen Gründen der typischen Betriebsgefahren der Stadtwerke sind ausgeschlossen, es sei denn, daß Vorsatz vorliegt."

Aus der Formulierung wird schon deutlich, daß sich der Haftungsausschluß allein auf die typischen Betriebsgefahren bezieht, nicht auf sonstige Schäden an Sachen des Abnehmers.

- b) Bei den Wärmelieferungsbedingungen ist ein ähnlicher Sachverhalt festzustellen. Auch hier halten sich manche Regelungen eng an die AVB und fügen lediglich unter Abschnitt II Ziff. 5 Zusätze ein, in denen der rigorose Haftungsausschluß etwas gemildert wird²⁵⁾.

24) vgl. z. B. die gleichlautenden Bedingungen der Stadtwerke München, Ausgabe Mai 1975; innerlich gleich auch die der Stadtwerke Lübeck vom Dezember 1970, der Siegenger Versorgungsbetriebe GmbH, Siegen, vom November 1973, der Gas-, Elektrizitäts- und Wasserwerke Köln, Ausgabe Mai 1976; der Dortmunder Stadtwerke AG, Ausgabe 1973

25) vgl. z. B. die diesbezüglichen Regelungen der TWS, Stand 1965, in denen in Klammern eingefügt wird: "... (ausgenommen vorsätzliches Handeln der gesetzlichen Vertreter der TWS) ..."

Von den überprüften Bedingungen enthielt nur eine einen Haftungsausschluß für lediglich leicht fahrlässiges Verhalten in bezug auf die typischen Betriebsgefahren. Es handelt sich dabei um die Regelung unter Abschnitt IX "Nachlässe und Schadensersatz" der "Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von Wärme" der Stadtwerke Bielefeld GmbH²⁶⁾.

2. Im übrigen wurden in den wenigen untersuchten Regelungen in Satzungen und "AGB"²⁷⁾ Beispiele für oben schon angedeuteten völligen Haftungsausschluß über den Ausschluß der Haftung für Vorsatz bis zum Ausschluß der Haftung für grobe Fahrlässigkeit gefunden. Dabei bezog sich einmal der Ausschluß auf Schäden aller Art, an bestimmten Sachen des Benutzers oder auf bestimmte Schadensursachen.

26) ohne Datumsangabe; eine ähnliche Formulierung, die alle Haftungsfälle erfassen soll, wurde von den Kartellreferenten des Bundes und der Länder als unbedenklich vorgeschlagen, vgl. Ludwig-Cordt-Stech S. I/44

27) beispielhaft wurde das Ortsrecht der Hansestadt Lübeck in bezug auf Haftungsregelungen ihrer (nicht Versorgungsleistungen erbringenden) gemeindlichen Einrichtungen untersucht, insbes. die "Entwässerungssatzung" v. 1. 4. 1974 die "AVB" über die Benutzung des städtischen Krankenhauses Süd, Satzung für den Schlachthof v. 1. 4. 1974; in allgemeine Regelungen anderer Städte konnte Einsicht genommen werden, von der jeweiligen Zitierung wurde aber abgesehen, da neue Gesichtspunkte in den anderen Ortsrechtssammlungen nicht aufgetaucht sind; vgl. auch das Muster einer Badeordnung, abgedruckt bei Günter Bohm "Rechte und Verwaltung im Badewesen" Lübeck 1969, S. 521 ff., insbes. § 10 "Betriebshaftung" S. 522/523

Insofern finden sich auch in diesen Regelungen Tatbestände, wie sie in den aufgezeigten Rechtsverordnungen im Versorgungsbereich ebenfalls zu finden sind.

III. Regelungen zur Begrenzung der Haftungshöhe

Schließlich finden sich auch Regelungen, in denen die Haftungshöhe auf einen bestimmten Betrag begrenzt wird.

1. Hier ist zunächst die aufgrund der Vorschrift des § 58 Abs. 1 Ziff. 3 PBefG²⁸⁾ erlassene Rechtsverordnung über die Personenbeförderung²⁹⁾ zu nennen, in der es u. a. in § 14 "Haftung" heißt:

" Der Unternehmer haftet für die Tötung oder Verletzung eines Fahrgastes und für Schäden an Sachen, die der Fahrgast an sich trägt oder mit sich führt, nach den allgemeinen Bestimmungen, jedoch für Sachschäden gegenüber jeder beförderten Person nur bis zum Höchstbetrag von DM 1.000,--. "

Ob sich an dieser Regelung durch § 23 Abs. 1

28) Personenbeförderungsgesetz v. 21. 3. 1961 (BGBl I S. 241) zuletzt geändert am 8. 5. 1969 (BGBl I S. 348)

29) Verordnung über die allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßen- und O-Busverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen v. 27. 2. 1970 (BGBl I S. 230)

Ziff. 3 AGBG etwas ändern wird, bleibt abzuwarten. Jedenfalls sind die Vorschriften über die Personenbeförderung nicht in den Ermächtigungsnormen der §§ 26, 26 AGBG enthalten.

2. Darüber hinaus finden sich auch in Satzungen und "AGB", also nicht-satzungsförmigen Benutzungsordnungen, Bestimmungen, die die Haftung für Sachschäden auf Höchstbeträge begrenzen³⁰⁾.

B Erweiterungen der Haftung des Benutzers

Haftungsbegrenzung oder sogar - zumindest für Teilbereiche - völliger Haftungsausschluß sind aber nicht die einzigen, die Benutzer belastenden Regelungen. Darüber hinaus finden sich auch solche, in denen dem Benutzer noch ein zusätzliches Haftungsrisiko überbürdet wird, sei es, daß ihm eine verschuldensunabhängige Haftung für bestimmte Schäden auferlegt oder daß zu seinen Lasten eine Beweislastumkehr eingeführt wird.

1. Bei den AVB der Energieversorgung ist eine Regelung der Benutzerhaftung unter Abschnitt VI "Messung der elektrischen Arbeit" unter Ziff. 6 zu finden. Sie lautet:

30) vgl. z. B. das Muster einer Badeordnung bei Bohm aaO., § 10 Nr. 2, Höchstbetrag DM 2 00,--

" Der Abnehmer hat dem EW/Gas-Werk alle Kosten für Beschädigungen und Verlust an Meßeinrichtungen zu erstatten, soweit sie nicht durch das EW/Gas-Werk oder dessen Angestellte verursacht sind oder der Abnehmer nachweist, daß die Einwirkung auf höhere Gewalt zurückzuführen ist. "

Es könnte zunächst zweifelhaft sein, ob es sich dabei um eine echte Haftungserweiterung handelt. Nach allgemeinen Grundsätzen haftet der Benutzer, wenn er schuldhaft fremdes Eigentum, in diesem Fall die Meßeinrichtung des Elektrizitätsversorgungsunternehmens (EVO) beschädigt. Handelt er nicht schuldhaft, so kommt eine Haftung nur dann in Betracht, wenn ein Gefährdungshaftungstatbestand die Haftung anordnet³¹⁾. Dies ist aber nicht der Fall. Somit stellt die eben zitierte Regelung eine echte Haftungserweiterung dar. Der Benutzer trägt das volle Risiko bei einer Beschädigung, ohne daß ihm schuldhaftes Verhalten nachgewiesen werden muß. Lediglich bei Verursachung durch den Versorger oder dessen Angestellte entfällt seine Haftung. Sie entfällt zwar auch dann, wenn die Einwirkungen auf höhere Gewalt zurückzuführen ist. Hier trifft den Benutzer jedoch die volle Beweislast. Er muß sich entlasten. Aber auch bezüglich der vom Versorger oder seinen Bediensteten selbst verursachten Schäden wird dem Abnehmer die Beweislast auferlegt. Insofern ist jedoch keine zusätzliche, den Benutzer belastende Regel enthalten, da dies schon aus allgemeinen

31) vgl. dazu oben S. 115

Beweislastregeln folgt und aus dem Zusammenhang mit der Regelung im ersten Satzteil.

2. Auch in den anderen Versorgungsverhältnissen, Wasser und Wärme, finden sich ähnliche Regelungen. Wörtlich übereinstimmend sind die Regelungen in bezug auf die Wassermeßgeräte. Dabei enthalten z. B. die "AVB-Wasser" der GEW-Werke Köln AG in § 7 "Wassermessung" unter Ziff. 11 den Zusatz:

"Frostschäden gelten nicht als Einwirkung höherer Gewalt." 32

Darüber hinaus ordnen einige "AVB-Wasser" auch eine weitergehende Haftung des Benutzers an bei "Wasserabgabe zu vorübergehenden Zwecken"³³⁾.

Hier ist ausdrücklich eine Haftpflicht auch ohne Verschulden des Benutzers eingeführt für alle Schäden, Verluste und auch für Drittschäden. Da auch die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht, die ja einen Schadensersatz begründen könnte, schuldhaft geschehen muß, ist dem Benutzer eine Risiko-Gefährdungshaftung durch die Klausel auferlegt.

Die "AVB-Wärme" enthalten teilweise³⁴⁾ eine ent-

32) vgl. auch die "AVB-Wasser" der TWS Stuttgart unter Abschnitt VI "Wasserzählung" Ziff. 8, wobei auch Diebstahl nicht als höhere Gewalt-einwirkung verstanden werden soll, insoweit nur klarstellend

33) vgl. "AVB-Wasser" der TWS Abschnitt X zu den Zwecken in Ziff. 1 und zur Haftungserweiterung in Ziff. 2 Abs. 2; allerdings gibt es auch AVB-Wasser ohne solche Regelungen: vgl. "AVB-Wasser" GEW-Werke Köln AG § 9

34) vgl. z. B. "AVB-Wärme" der GEW Köln Abschnitt VI Ziff. 4 Abs. 2 "Hausanschluß"

sprechende Regelung für Schäden an Anlagen des Wasserlieferanten, soweit sie sich innerhalb der Grundstücke oder Gebäude des Abnehmers befinden³⁵⁾.

3. Über das Versorgungswesen hinaus werden Haftungserweiterungen auch in anderen öffentlichen Benutzungsverhältnissen verwendet.

Hier ist allerdings darauf hinzuweisen, daß die Regelung in manchen Bibliothekssatzungen, daß der Entleiher für den Verlust der Bücher einzustehen habe, differenziert zu betrachten ist ebenso wie die Regelung, daß bei Benutzung von Sportstätten für Beschädigung der Sportgeräte und Inventar in jedem Fall gehaftet werden müsse³⁶⁾.

Soweit hier die Erfüllung von Rückgabepflichten von Sachen in Frage steht, die der Benutzer in eigene Obhut genommen hat, so ist zu Lasten des rückgabepflichtigen Benutzers die entsprechende Anwendung des § 282 BGB zu beachten, nach der ihn die Beweislast trifft, wenn ihm die Rückgabe unmöglich geworden ist³⁷⁾.

35) vgl. auch die "Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von Wärme" der Stadtwerke Bielefeld GmbH unter Abschnitt IV Ziff. 7 u. V Ziff. 4

36) dem Verf. lagen einige von den Verwaltungen erarbeitete "Musterverträge" zwischen dem "Träger einer Sportstätte" und Sportvereinen vor, die aber nicht veröffentlicht sind u. demnach auch nicht zitiert werden können

37) darauf ist auch gegenüber Tiemann VerwArch 74 S. 420 hinzuweisen, der meint, hier noch eine besondere Haftungserweiterung für zweckmäßig halten zu müssen, vgl. zur hier vertretenen Ansicht S. 236

Diese Beweislastverteilung gilt aber nicht nur bei Ansprüchen wegen Unmöglichkeit, sondern nach Rechtssprechung und h. M.³⁸⁾ auch für Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung³⁹⁾ und anderen Ansprüchen, soweit eine vergleichbare Interessenlage besteht⁴⁰⁾.

Eine echte Haftungserweiterung ist in Benutzungsbedingungen nur dann geregelt, wenn nach dem Wortlaut der betreffenden Klausel der Benutzer in jedem Fall für die Rückgabe bzw. Beschädigungen in seinem Gefahrenbereich haften soll, ohne daß ihm der Nachweis fehlenden Verschuldens ermöglicht wird.

38) vgl. Palandt-Heinrichs § 282 Anm. 2 m. w. N.

39) vgl. Staudinger-Werner Vorbem. 59 v. § 275

40) vgl. BGH NJW 62 S. 31 zum Anspruch aus c. i. c.; für Anwendbarkeit der Beweislastregel des § 282 BGB im öffentlichen Recht noch einmal ausdrücklich auch Palandt-Heinrichs § 282 Anm. 3 m. w. N. zur Rspr. des BGH

5. Kapitel: Grundlagen und Grenzen der Haftungs- freizeichnungen

Sind in den bisherigen Kapiteln die Vorentscheidungen getroffen und Erscheinungs-, Organisations- und Handlungsformen gemeindlicher öffentlicher Einrichtungen abgeklärt worden, so soll im folgenden der zentrale Problemkreis behandelt werden, die Frage nach Grundlage und Grenzen der Haftungsfreizeichnung.

A Regelungsbefugnis zur Haftungsfreizeichnung

Die Untersuchung der tatsächlichen Regelungsinhalte in Benutzungsordnungen hat gezeigt, daß auf vielfältige Weise versucht wird, das Entstehen der Gemeinde für den Benutzern entstandene Schäden abweichend von der allgemeinen Rechtslage auf bestimmte Fälle zu beschränken bzw. die Haftung in einigen Fällen sogar auszuschließen. Dabei beziehen sich die Regelungen sowohl auf das Verhalten der Gemeinde oder das ihr zuzurechnende Verhalten ihrer Organe, Vertreter oder Erfüllungsgehilfen als auch auf bestimmte Schäden beim Benutzer. Die Gemeinden regeln damit zu ihren Gunsten die ihnen vom Gesetz und aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen in den öffentlichen Benutzungsverhältnissen auferlegte Haftung zumindest teilweise anders. Die erste Frage richtet sich daher auf ihre Regelungskompetenz für diesen Bereich¹⁾ (I).

1) die grds. gemeindliche Regelungskompetenz durch Satzung wurde oben bejaht, vgl. S. 81ff, dort auch zu den anderen Regelungsformen

Die zweite Frage ist die, auf welche Haftungsgrundlagen sich diese Regelungskompetenz erstreckt (II). Schließlich soll überprüft werden (III), welche Rechtsfolgen hinsichtlich der tatsächlichen Regelungen unter Berücksichtigung der hier gefundenen Ergebnisse eintreten können.

I. Allgemeine Kompetenz für Haftungsregelungen

Erste Wirksamkeitsvoraussetzung solcher allgemeiner Haftungsregelungen in gemeindlichen Rechtsnormen ist die Befugnis der Gemeinde, in diesem Bereich überhaupt eigenständige Regelungen treffen zu können.

Die grundsätzliche Ermächtigung zum Erlass von Satzungen zur Regelung ihrer "eigenen Angelegenheiten" erteilen die Gemeindeordnungen der Länder. Sie dokumentieren auch in diesem Bereich das grundgesetzlich, Art. 28 Abs. 2 GG, garantierte Selbstverwaltungsrecht. Zu diesen Angelegenheiten zählt unzweifelhaft auch die sie treffende Haftung im Rahmen der öffentlichen Benutzungsverhältnisse, wie auch oben schon erwähnt wurde. Somit hält auch die nahezu einheitliche Ansicht Haftungsregelungen durch gemeind-

liche Satzung für zulässig²⁾. Bestritten ist lediglich, bei welchen Ansprüchen, in welchem Umfang und nach welchen Kriterien haftungsbeschränkende Regelungen getroffen werden können.

Die Ermächtigung zum Erlass von Satzungen und anderen Rechtsnormen schließt folgerichtig auch die der inhaltlichen Regelung ein. Dieser dem Grundsatz nach eingeräumten inhaltlichen Gestaltungsfreiheit korrespondiert im Zivilrecht die Vertragsfreiheit³⁾. Im Unterschied zum Zivilrecht aber kann die Gestaltungsfreiheit der Gemeinde nicht aus Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitet werden. Nach heute wieder wohl h. M.⁴⁾ kann

-
- 2) st. Rspr. d. BGH, vgl. BGHZ 61 S. 7 ff. m. w. N., bestätigt durch BGH NJW 73, 2102/2103, NJW 74, 1816 u. DVBl 77, 894; OLG Düsseldorf, Urt. v. 30. 10. 1975, S. 7 (nicht veröffentlicht Az: 18 U 20/75); BayVerfGH DÖV 70, 488; OVG Münster OVGE 18, 153; Blume Diss. S. 170; Brehm Diss. S. 137 ff.; Eckert DVBl 62 S. 20; Erichsen VerwArch 74 (65) S. 219 ff.; Hurst HdbKWP II S. 856; Rübner DÖV 73 S. 808 ff., 809; Schwär Diss. S. 121 ff.; Tiemann BayVBl 74, S. 60 u. VerwArch 74 (65) S. 402, vgl. auch die Ausführungen u. Nachweise auf S. 171 ff. der Arbeit; a. A. nur Thieme JZ 64 S. 85 u. ihm folgend Herbig S. 230, die offenbar davon ausgehen, daß der Haftungsausschluß stets Eingriff in Art. 14 GG bedeute, der nicht entschädigt werden solle u. deshalb nur durch Gesetz zu legitimieren sei
- 3) vgl. auch Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 145 Anm. 3 a
- 4) vgl. statt aller i. d. Lit. Maunz-Dührig-Herzog-Scholz Art. 2 GG Rdnr. 67; vgl. auch BGH Urt. v. 31. 10. 1974, NJW 75, S. 158, das auf BVerfGE 21 S. 362 (369 ff.); 23 S. 353 (372 f.); aA v. Motius in BK Art. 19 Abs. 3 GG Rdnr. 61 ff.

sich eine juristische Person des öffentlichen Rechts nicht auf die Grundrechte berufen. Dies ist aber auch nicht erforderlich, um Haftungsregelungen durch gemeindliche Rechtsnormen dogmatisch zu legitimieren. Vielmehr reicht hier die gemeindliche Satzungsgewalt, die notwendigerweise auch Kompetenz zur inhaltlichen Regelung bedeutet, völlig aus.

Dagegen meint Rüfner⁵⁾ und ihm folgend Palder⁶⁾, an die Stelle der Handlungsfreiheit, "des subjektiven Beliebens", trete bei der öffentlichen Verwaltung "das Ermessen, das eine sachgerechte Lösung des Einzelfalles ermöglichen soll, aber immer pflichtgebunden bleibt und auf die Einhaltung immanenter Bindungen durch die Gerichte kontrolliert werden kann."

Dem ist grundsätzlich zu widersprechen. Ebenso wie den Parteien im Zivilrecht⁸⁾ sind der Gemeinde bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Benutzungsverhältnisse Grenzen gesetzt, die sich aus dem eindeutigen Wortlaut der Ermächtigungsnormen ergeben, beim Erlass von Satzungen z. B. aus § 4 Abs. 1 Satz 1 GO NRW: "... soweit die Gesetze nicht etwas anderes bestimmen..." hinsichtlich der Regelung durch nicht-satzungsförmige Benutzungsbedingungen aus § 54 Satz 1 VwVfG: "..., soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen.". Die inhaltlichen Regelungen können daher nur am Prinzip des Vorrangs des Gesetzes^{8a)} überprüft werden. Ver-

5) in DÖV 73 S. 809

6) vgl. Palder Diss. S. 78 ff.

8) vgl. Palandt-Heinrichs Einf. v. § 145 Anm. 3 c

8a) vgl. zu dem Inhalt Jesch S. 29: "Unter dem Vorrang des Gesetzes verstehen wir die Derogationswirkungen aller Staatsakte in Gesetzesform gegenüber allen Akten einer niedrigeren Stufe der Normenhierarchie."

stößt die Satzung als untergeordnete Rechtsnorm gegen höherrangiges Recht, so ist sie nichtig und unwirksam, die nicht-satzungsförmige Regelung sogar dann, wenn sie gegen eine Satzung verstößt^{8b)}. Dies ist zwingende Rechtsfolge und hat nichts mit einem richtig verstandenen Begriff des Ermessens zu tun. Ermessen setzt Handlungsspielraum voraus. Dieser ist an dieser Stelle aber erst abzustecken. Deshalb kann das Ermessen nicht dogmatischer Prüfstand bei der Bestimmung der möglichen Regelungen, sondern nur bei der Überprüfung der richtigen Auswahl als möglich erkannter Regelungen sein⁹⁾. Die Verwendung dieses Begriffes in dem zu untersuchenden Zusammenhang wäre zumindest irreführend und soll daher unterbleiben.

Soweit Palder¹⁰⁾ die Erörterung der "dogmatischen Herleitung" der Freizeichnungsmöglichkeit im öffentlichen Recht in Literatur und Rechtsprechung vermißt, kann dies nach hier vertretener Ansicht nicht nachvollzogen werden. Der dogmatische Ansatzpunkt wird bei allen von Palder zitierten Autoren und Gerichten deutlich. Es wird nämlich immer wieder geprüft, ob die Regelung gegen Rechtsnormen oder Prinzipien verstößt, die im Rang über gemeindlichen Rechtsnormen stehen.

8b) vgl. auch schon oben S. 88/89

9) vgl. zum Begriff des Ermessens: Wolff-Bachof I § 31 II a u. b, S. 194 ff.; Palder unterscheidet dann zusätzlich noch zwischen Normsetzungsermessen bei Erlaß von Satzungen oder Rechtsverordnungen (S. 84) u. Vollzugsermessen bei Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages (S. 93 ff., insbes. S. 103), ohne daraus unterschiedliche Schlüsse abzuleiten

10) aaO. S. 78

Rechtsgrundlage für Haftungsfreizeichnungen durch gemeindliche Satzungen ist in öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen die gemeindliche Satzungsgewalt¹¹⁾, in nicht-satzungsförmigen Vertragsregelungen die Möglichkeit auch inhaltlicher Gestaltungsfreiheit, die beide beschränkt sind durch entgegenstehendes höherrangiges Recht. Als dogmatische Leitlinie der Untersuchung kann daher folgendes gelten: Ein Haftungsausschluß in gemeindlichen Benutzungsbedingungen ist dann rechtswidrig und unwirksam (nichtig)¹²⁾, wenn er formellem Bundes- oder Landesrecht oder dem Verfassungsrecht widerspricht¹³⁾.

II. Umfang der Regelungskompetenz im Hinblick auf die Haftungsgrundlagen

Das von der Gemeinde für die allgemein geregelten öffentlichen Benutzungsverhältnisse selbst geschaffene Haftungsrecht kann nur in dem Rahmen gültig sein, den das staatliche Haftungsrecht durch dispositives Recht eröffnet. Soweit es zwingend Haftung anordnet, kann entsprechend dem Vorrang des Gesetzes nichts Abweichendes von der Gemeinde bestimmt werden.

11) vgl. dazu noch einmal ausführlich David Diss. S. 4 ff.

12) vgl. Wolff-Bachof I § 28 I b, S. 155

13) zur Normenhierarchie: Verfassung - Bundesgesetz - Landesgesetz - Rechtsverordnung - Satzungs- ungeschriebenes Recht vgl. Forsthoff S. 125; Wolff-Bachof I § 26 S. 139 ff.

Also sind die in gemeindlichen Benutzungsverhältnissen anwendbaren Haftungsgrundlagen darauf zu untersuchen, ob sie für den gemeindlichen Normgeber dispositiv sind.

1. Haftung wegen Nichterfüllung

Die Ansprüche des Benutzers gegen die Gemeinde oder die selbständige öffentliche Einrichtung auf Inanspruchnahme und Erbringung der Leistung ergeben sich aus den Vorschriften der Gemeindeordnungen in Verbindung mit den entsprechend anwendbaren Vorschriften des BGB. Kommt die Gemeinde ihrer Verpflichtung nicht nach, die von der öffentlichen Einrichtung angebotene Leistung zu erfüllen, so ergeben sich daraus die Ansprüche aus §§ 275 ff. und §§ 323 ff. BGB, soweit die Gemeinde die Nichterfüllung zu vertreten hat. Dies bestimmt § 286 Abs. 1 BGB. Danach kommt es auf das Verschulden des Schuldners an¹⁴⁾.

- a) Dieses grundsätzliche Einstehenmüssen des Schuldners kann jedoch nach § 276 Abs. 2 BGB bis auf vorsätzliches Verhalten "im voraus erlassen werden". Schon von Gesetzes wegen kann daher die Haftung für fahrlässige Schadensverursachung der Gemeinde oder ihrer Vertreter und Organe sowie für jegliches, auch vorsätzliches Verhalten ihrer Erfüllungsgehilfen, vgl. § 278 Satz 2 BGB, ausgeschlossen werden. Dieser weite Rahmen ist durch den Erlass des schon mehrfach zitierten AGBG erheblich eingeschränkt worden, insbesondere durch die Bestimmung des § 11 Ziff. 7 AGBG,

14) zum hier maßgeblichen Verschuldensbegriff vgl. oben S. 106

in dem ein Klauselverbot in AGB für den Ausschluß groben Verschuldens, also für grobe Fahrlässigkeit ausgesprochen wird. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf Satzungen scheint zweifelhaft, mag jedoch zunächst dahinstehen¹⁵⁾, da jedenfalls auch nach diesem Gesetz grundsätzlich Haftungsfreizeichnungen möglich bleiben. Einfluß hat das Gesetz lediglich auf die Grenzen der Freizeichnung, die an anderer Stelle untersucht werden.

- b) Eine Beschränkung der Haftung für Nichterfüllung bleibt noch an Art. 14 Abs. 1 GG zu überprüfen. Dieses Grundrecht schützt nach allgemeiner Ansicht nicht nur das Eigentum im Sinne des BGB, sondern das Vermögen als Ganzes¹⁶⁾, wozu auch Forderungsrechte und Ansprüche gehören¹⁷⁾. Allerdings gilt dies uneingeschränkt nur für zivilrechtliche Ansprüche¹⁸⁾. Die hier zu beurteilenden Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung haben ihre Grundlage aber im öffentlichen Recht, auch wenn die rechtstechnischen Regeln dem BGB entlehnt sind.

15) vgl. dazu ausführlich S.202 unten

16) vgl. BVerfGE 1, 264, 277; BGHZ 6 S. 278; Kimminich in: BK Art.14 Rdnr. 20 m. w. N.

17) vgl. dazu vor allem von Mangoldt-Klein S. 424; Kimminich aaO. Rdnr. 56

18) vgl. Kimminich aaO.

Ob der umfassende Eigentumsschutz des Art. 14 GG auch auf die hier in Frage stehenden öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen zu beziehen sei, wurde zunächst sehr unterschiedlich beurteilt.

Das BVerfG hatte in seinen ersten Entscheidungen ¹⁹⁾ solchen Ansprüche, die im öffentlichen Recht begründet waren, den Schutz des Art. 14 GG grundsätzlich versagt, diesen Standpunkt jedoch in darauffolgenden Entscheidungen ²⁰⁾ revidiert und schließlich eine differenzierende Lösung entwickelt. Danach kommt es für die Frage, ob eine öffentlich-rechtliche Rechtsposition "Eigentum" im Sinne des Art. 14 GG ist, darauf an, ob die Rechtsposition des Rechtsträgers derjenigen des Eigentümers "so nahe kommt, daß Art. 14 GG Anwendung finden muß" ²¹⁾, also sich als Äquivalent eigener Leistung erweist und nicht allein auf staatlicher Gewährung beruht ²²⁾.

Das BVerfG hat eine ähnlich differenzierende Auffassung entwickelt und die "Eigentums"-Qualität eines subjektiv öffentlichen Rechts vom Einsatz eigener Arbeit oder eigenen Kapitals abhängig gemacht ²³⁾.

19) vgl. BVerfG aaO. u. E 2 S. 380 ff., insbes. S. 402 (Bezirksschornsteinfegermeister)

20) vgl. BVerfGE 4, S. 219, 241; 11 S. 221, 226; 14 S. 288, 293; 16 S. 94, 112; 24 S. 220, 225; zuletzt in DVBl 76 S. 34, 37 zur Beurteilung von Ansprüchen im Sozialversicherungsrecht

21) vgl. BVerfGE 4 S. 219, 241

22) ausgeschlossen war dies bereits durch BVerfGE 1 S. 264, 278

23) vgl. BVerfGE 22 S. 299, 303 m. w. N., Beschluß v. 22. 8. 1972 DVBl 73 S. 922, zuletzt im Urt. v. 18. 10. 1974 NJW 75 S. 357 zu Anliegergebrauch und Sondernutzung

Auf derselben Linie liegt die Rechtssprechung des BSG, wenn es die Kassenpraxis eines Zahnarztes der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG unterstellt²⁴⁾.

Der BGH hatte schon sehr früh in einer grundlegenden Entscheidung²⁵⁾ ausgeführt, jede vorhandene vermögenswerte private oder öffentlich-rechtliche Rechtsposition sei als Eigentum geschützt. Dieser sehr weite Eigentumsbegriff wurde dann durch wertende Betrachtung des Grundrechts dahin beschränkt, daß nur die vermögenswerten eigentumsähnlichen Rechte und Rechtsstellungen, die eines solchen Schutzes fähig und bedürftig seien, auch vom Eigentumsschutz des Art. 14 umfaßt würden²⁶⁾.

In der Literatur²⁷⁾ wurden dieselben Grundsätze als maßgeblich angesehen. Insgesamt kann daher festgestellt werden, daß der in Art. 14 GG benutzte Eigentumsbegriff nicht statisch die öffentlich-rechtlichen Ansprüche "zementiert"²⁸⁾, sondern anhand der von der Rechtssprechung aufgestellten Kriterien²⁹⁾ einer wertenden Beurteilung unterzogen werden muß.

24) vgl. BSGE 5 S. 40 ff., 43 = JZ 58 S. 20
m. Anm. v. Dürig

25) vgl. BGHZ 6 S. 270 ff.

26) vgl. auch BGHZ 15 S. 17, 20 u. MDR 73 S. 567

27) vgl. Wolff-Bachof I § 62 III a 4, S. 544/545;
sehr ausführlich auch Walter Leisner "Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz der Anwaltspraxis" NJW 74 S. 478 ff; Kimminich in:
BK Art. 14 Rdnr. 57 ff., insbes. 74

28) Ausdruck bei Kimminich aaO.

29) vgl. dazu auch Kreft JA 76 S. 253 ff.

Übertragen auf die Erfüllungsansprüche aus öffentlichen Benutzungsverhältnissen bedeutet dies, daß zunächst zu ermitteln ist, welche Erfüllungsansprüche denjenigen des Zivilrechts so ähnlich sind, daß ein gleicher Schutz erforderlich erscheint.

Anknüpfungspunkt könnte hier das Äquivalent eigener Leistung sein. Entsprechend wären die Benutzungsverhältnisse, in denen der Benutzer ein volles Entgelt für die Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtung entrichten muß, von denen zu unterscheiden, in denen die Benutzung entweder völlig unentgeltlich oder nur gegen geringe, nicht äquivalente Gebühr erfolgen kann. Im ersten Fall "erkauft" sich der Benutzer die öffentliche Leistung durch eigenen Kapitaleinsatz. Im zweiten wird ihm diese Leistung zumindest teilweise ohne echte Gegenleistung zur Verfügung gestellt.

Einmal wären damit Eigentum und der Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG begründet, im anderen Fall nicht³⁰⁾.

Stellt man zunächst auf die Vergleichbarkeit mit dem privatrechtlichen Leistungsanspruch eines Benutzers ab, so ergibt sich, daß dem Grundsatz nach dieselben Schlußfolgerungen gezogen werden müssen. Zahlt der Benutzer einer öffentlichen Einrichtung ein Entgelt, das er bei Benutzung einer ähnlichen privaten Einrichtung etwa in derselben Höhe entrichten müßte, z. B. bei Versorgungs- oder Verkehrsbetrieben,

30) so für - undifferenziert - alle Schadensersatzansprüche: Palder Diss. S. 126 ff.

Müllabfuhr etc., so ist der Anspruch auf die Gegenleistung an die Gemeinde trotz prinzipieller Unterschiede in dem hier wesentlichen Punkt mit dem privatrechtlichen Anspruch vergleichbar. Insofern müssen unter beiden von der höchstrichterlichen Rechtssprechung entwickelten Gesichtspunkten bei entgeltlichen Benutzungsverhältnissen Schadensersatzansprüche dem Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG zugeordnet werden³¹⁾.

Das Gegenteil dazu stellen die öffentlichen Einrichtungen dar, die ihre Leistungen den Einwohnern als Benutzern unentgeltlich zur Verfügung stellen. Aus dem Fehlen einer Gegenleistung des Benutzers folgt, daß diese Einrichtungen allein auf staatlicher Gewährung beruhen. Zwar werden die Leistungen mittelbar durch die Steuern der potentiellen Benutzer finanziert, jedoch unabhängig davon, ob sie diese Leistungen auch tatsächlich in Anspruch nehmen.

In diesen Fällen fehlt auch die Vergleichbarkeit mit privatrechtlichen Ansprüchen. Im allgemeinen Wirtschaftsverkehr werden Leistungen nicht unentgeltlich angeboten, die Geldwert besitzen. Schenkung und Leihe, die wesentlichen unentgeltlichen Rechtsgeschäfte des Zivilrechts, kommen regelmäßig nur im persönlichen Bereich vor.

Die Rechtsposition des Benutzers ist somit hinsichtlich seiner Schadensersatzansprüche wegen

31) so auch Palder Diss. S. 128; wie hier wohl auch Erichsen VerwArch 74 (65) S. 223

Nichterfüllung in unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen nicht von Art. 14 GG geschützt³²⁾.

Ohne sich mit der Frage nach der Eigentumsqualität der Schadensersatzansprüche näher auseinanderzusetzen, geht Tiemann³³⁾ offensichtlich davon aus, daß in allen Benutzungsverhältnissen die Ersatzansprüche der Garantie des Art. 14 GG unterliegen und die Frage der Zulässigkeit haftungsausschließender- oder beschränkender Regelungen lediglich Inhalt und Schranken des Eigentums betreffen.

Er verkennt jedoch die Auswirkungen des Eigentumsbegriff der h. M., der er im Grundsatz folgt, nach der in unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen aufgrund ausschließlich staatlich gewährter Leistungen von einer eigentumsähnlichen Position keine Rede sein kann³⁴⁾.

Problematisch sind die sehr zahlreichen Fälle, in denen der Benutzer zwar ein Entgelt entrichten muß, dieses jedoch nicht den vollen Gegenwert der in Anspruch genommenen Leistung darstellt, z. B. Schwimmbadbenutzung, Eintritt in Museen, "Leihgebühren" in Bibliotheken etc.. In allen diesen Fällen reicht die Gegenleistung von einem symbolischen bis zu einem fast un-kostendeckenden Beitrag.

Tiemann will hier entsprechend seiner Prämisse

32) so im Ergebnis auch Palder S. 126

33) vgl. VerwArch 74 (65) S. 406/407, auch BayVB1 74 S. 61

34) kritisch gegen Tiemann auch Erichsen VerwArch 74 (65) S. 223

den Eigentumsschutz umso stärker und die Beschränkungsmöglichkeiten entsprechend geringer werden lassen, je mehr das Benutzungsverhältnis synalagmatischen Charakter aufweise³⁵⁾.

Denselben Gedanken verfolgt Palder: "Demnach ist die Wirkkraft des Art. 14 GG umso schwächer, je geringer die Eigenleistung des Benutzungsgläubigers ist."^{35a)}.

Ohne damit schon zu den Grenzen der Haftungsfreizeichnung Stellung nehmen zu wollen, ist diese Ansicht sicher vertretbar. Es erscheint jedoch wenig einleuchtend, die Geltung eines Grundrechts davon abhängig machen zu wollen, ob z. B. eine Bibliothek eine Benutzungsgebühr von DM 5,-- im Jahr erhebt oder nicht. Die jeweils in Anspruch genommene Leistung bleibt unentgeltlich.

Wenngleich die Bestimmung der Grenze, an der die "vorwiegend staatliche Gewährung" aufhört und das "eigene Äquivalent" anfängt, wegen der Mannigfaltigkeit der Leistungen und verschiedenen Vermögenswerte schwierig erscheint, so läßt sie sich doch definieren. Wie oben schon dargelegt, unterliegt der Eigentumsbegriff wertender Betrachtung. Wie bei jeder Wertung hängt die letzte Entscheidung vom Einzelfall ab. Hier können nur Leitlinien genannt werden, die ein grobes Raster abgeben (das im übrigen noch im zweiten Teil dieses Kapitels weiter eingegrenzt wird).

35) vgl. VerwArch 74 (65) S. 407, ähnlich in BayVBl 74 S. 63: "Danach ist eine Haftungsbeschränkung je eher zulässig, desto niedriger die Gebühr im jeweiligen Benutzungsverhältnis bemessen ist."

35a) vgl. Dis. S. 130

Ausgehend von dem hier übernommenen Grundsatz der Rechtssprechung und h. M., daß Art. 14 Abs. 1 GG dann nicht berührt sei, wenn die Leistung "vorwiegend" auf staatlicher Gewährung beruhe, so sind die Benutzungsverhältnisse, in denen nur eine äußerst geringe Gebühr erhoben wird, z. B. in Museen, Badeanstalten etc., den "unentgeltlichen" im hier verstandenen Sinne zuzurechnen.

Nähern sich die Entgelte in der Höhe dagegen denen vergleichbarer Leistungen in der Privatwirtschaft, z. B. bei der Wasserversorgung, Müllabfuhr, Theater, Konzertbesuch etc., so liegt der Akzent auf dem eigenen finanziellen Beitrag, für den man dann auch eine entsprechende Leistung erwarten kann. Dabei spielt es keine Rolle, ob die öffentliche Einrichtung defizitär, wie in der Regel im sogenannten Kulturbetrieb, kostendeckend oder mit Gewinn arbeitet. Denn der Grundrechtsschutz des Benutzers kann nicht davon abhängig gemacht werden, ob die Gemeinde mit der öffentlichen Einrichtung zu wirtschaften versteht.

Greift somit der Grundrechtsschutz des Art. 14 Abs. 1 GG in den entgeltlichen Benutzungsverhältnissen ein, so folgt daraus noch nicht, daß dieses Grundrecht durch Haftungsfreizeichnungen verletzt wird. Vielmehr sind Inhalt und Schranken des Eigentums durch "Gesetz" zu bestimmen. Zu diesen Inhalts- und Schrankenbestimmungen sind auch gemeindliche Satzungen tauglich, da sie, wie oben ausgeführt³⁶⁾, dem

36) vgl. oben S. 83

Vorbehalt des Gesetzes genügen. Dies gilt ebenfalls nach hier vertretener Ansicht für die nicht-satzungsförmigen Benutzungsbedingungen. Deshalb können die Schadensersatzansprüche des Benutzers, soweit sie grundrechtlichen Eigentumsschutz genießen, grundsätzlich modifiziert werden. Der völlige Haftungsausschluß und damit der Totalentzug dieser Eigentumsposition ist aber in aller Regel³⁷⁾ als Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG anzusehen. Ob man darin eine Enteignung sehen soll, die - rechtmäßig oder rechtswidrig - zur Entschädigung gemäß Art. 14 Abs. 3 GG führt, mag dahinstehen. Im Ergebnis würde es sich jedenfalls so auswirken, daß die Haftungsfreizeichnung nicht durchgreift, denn der Entzug des von Gesetzeswegen entstandenen Schadensersatzanspruchs wäre entschädigungspflichtig³⁸⁾.

In entgeltlichen Benutzungsverhältnissen führt der Grundrechtsschutz des Art. 14 Abs. 1 GG zum Verbot des Ausschlusses der Haftung für vorsätzliches Verhalten. Insofern ist dasselbe Ergebnis wie bei Berücksichtigung des § 276 Abs. 2 BGB festzustellen, der darüber hinaus aber auch die unentgeltlichen Benutzungsverhältnisse erfaßt und auch hier die Haftung für vorsätzliches Verhalten in jedem Fall gewährleistet.

37) unstreitige Ansicht:
Wolff-Bachof II § 62 III b 2 ; vgl. auch
BVerwGE 6 S. 247; zum Haftungsausschluß
vgl. Tiemann VerwArch 74 (65) S. 407

38) vgl. auch Palder Diss. S. 129

2. Haftung aus Gewährleistung

Auch bei den aus entsprechender Anwendung der Gewährleistungsvorschriften des BGB³⁹⁾ abzuleitenden Gewährleistungsansprüche muß zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen unterschieden werden, wenn man die Beschränkbarkeit der Haftung überprüfen will.

- a) Bei den entgeltlichen gilt hinsichtlich Art. 14 Abs. 1 GG dasselbe wie bei den soeben erörterten Ansprüchen. Die Mängelhaftung hängt unmittelbar mit den Leistungsansprüchen zusammen, denn sie ist ein gesetzlich besonders geregelter Fall der Nichterfüllung wegen teilweiser Unmöglichkeit bei Rechtsmängelhaftung oder der Schlechterfüllung bei Sachmängeln⁴⁰⁾. Der spezifische Grundrechtsschutz greift auch hier ein, da ebenso wie bei der Erfüllung schlechthin die mangelfreie Leistung durch die zumindest zum überwiegenden Teil äquivalente Gegenleistung "erkauft" wurde. Daneben sind auch hier die entsprechenden Gewährleistungsvorschriften des BGB zu berücksichtigen, da analoge Öffentlich-rechtliche Regeln fehlen. Sie enthalten allerdings bis zu

39) vgl. zuletzt BGH DVBl 77 S. 893/894 m. w. N.

40) vgl. Fikentscher S. 368

einer gewissen Grenze, vgl. z. B. § 476 BGB (insbesondere auch den neu eingeführten Absatz 2 dieser Vorschrift), dispositives Recht, so daß insoweit ein Ausschluß für diese besondere Form der Garantiehaftung möglich bleibt⁴¹⁾.

Soweit das AGBG diese Ausschlußmöglichkeiten in der Generalklausel des § 9 und insbesondere in § 11 Ziff. 11 und 12 erheblich einschränkt, gilt auch hier - unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit -, daß diese sehr dezidierten Vorschriften nicht grundsätzlich einer Freizeichnung widersprechen.

- b) Bei den unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen ergibt sich aus der Parallele zu den entsprechenden unentgeltlichen Rechtsgeschäften des BGB, nämlich Leihe und Schenkung, schon nach der gesetzlichen Regelung, vgl. §§ 523, 524, 600 BGB, daß eine Gewährleistungspflicht nur bei Arglist in Betracht kommt. Diese kann ohnehin nicht ausgeschlossen werden. Am Leitbild des BGB ausgerichtet, bedürfen die unentgeltlichen Benutzungsverhältnisse keiner Freizeichnung für Gewährleistungsmängel.

Eine Überprüfung an Art. 14 Abs. 1 GG, die zum selben Ergebnis wie bei den zuvor erörterten Ansprüchen kommen müßte, erübrigt sich daher.

41) vgl. Sörgel-Ballerstedt § 434 Rdnr. 8, vor § 459 Rdnr. 24 und § 459 Rdnr. 23

3. Haftung aus positiver Vertragsverletzung und culpa in contrahendo

Auch die Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung sind entsprechend § 276 Abs. 2 BGB bis auf Vorsatz beschränkbar. Die Frage stellt sich erneut, ob bei der Freizeichnung von diesen Schadensersatzansprüchen Art. 14 GG berührt wird.

Im Unterschied zu den bisher erörterten Anspruchsgrundlagen wird bei den Ansprüchen aus pVV oder cic Ausgleich gewährt für Schäden, die durch schuldhaftes Verhalten am sonstigen Vermögen des Benutzers eingetreten sind. Der Kontakt mit der öffentlichen Einrichtung hat daher in diesen Fällen zu einem zusätzlichen Schaden geführt, der nicht nur im Fehlen des Vorteils durch die Inanspruchnahme begründet liegt, sondern am sonstigen Vermögen des Benutzers eingetreten ist.

Die Unterscheidung zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen erscheint insoweit zweifelhaft, als bei der Freizeichnung von solchen Ansprüchen das Eingriffsobjekt auf einer anderen Ebene liegt. Bei den Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung und den Gewährleistungsansprüchen wird die Verletzung einer Hauptleistungspflicht, der "Primärebene", vorausgesetzt. Das ist die Leistung, die der Benutzer entweder für sein eigenes Äquivalent oder mehr oder weniger unentgeltlich gewährt erhält.

Hier geht es jedoch um Ansprüche aus Verletzung von Neben-, insbesondere Sorgfaltpflichten, die beim Benutzer an anderen Rechtsgütern als den Benutzungsansprüchen Schäden verursachen. Grundrechtlich sind hier vor allem Gesundheit und Leben, Art. 2 Abs. 2 GG, und das Vermögen als Ganzes⁴²⁾, Art. 14 Abs. 1 GG, insbesondere das Eigentum im Sinne des BGB geschützt.

Diese Rechtsgüter sind bei der Freizeichnung nicht Eingriffsobjekt. Dies ist nur der aus der Verletzung resultierende Schadensersatzanspruch. Sieht man in dem Ersatzanspruch das Surrogat des Rechtsguts, so folgt aus der Verschiedenartigkeit der Eingriffsobjekte, daß der Entzug des Surrogats mit dem des Rechtsguts nicht gleichzusetzen ist⁴³⁾. Vielmehr geht es auch hier darum, die Entziehung des Schadensersatzanspruchs als "aliud" danach zu beurteilen, ob die Gewährung des Anspruchs auf eigener oder allein staatlicher Leistung beruht.

Leistet der Benutzer ein voll adäquates Entgelt, so kann er erwarten, daß als Gegenleistung nicht nur die Hauptleistungspflichten, sondern alle sich aus dem Schuldverhältnis als komplexem Rechtsverhältnis ergebenden Pflichten erfüllt werden. Dazu gehören insbesondere auch die Sorgfaltpflichten. Also stehen auch diese Pflichten in einem synallagmatischen Zusammenhang, der sich auch aus der Möglichkeit des

42) vgl. BGHZ 6 S. 278

43) anders aber Palder Diss. S. 123, ohne daraus den logischen Schluß zu ziehen, Eigentumsentzug in jedem Fall als Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG zu werten, unabhängig von der Frage der Entgeltlichkeit des Benutzungsverhältnisses

Rücktritts des Benutzers wegen Verletzung von Sorgfaltspflichten ergibt⁴⁴⁾.

Die unentgeltlichen Benutzungsverhältnisse gewähren dem Benutzer nicht nur Leistungsansprüche aus den Zulassungsvorschriften der Gemeindeordnungen, vgl. z. B. § 18 Abs. 2 GO NRW, sondern auch Schadensersatzansprüche. Das Entstehen der Sekundäransprüche hängt unmittelbar mit der unentgeltlich gewährten Nutzungsmöglichkeit zusammen. Der Anspruch ist daher nicht Äquivalent für eigene Leistung, sondern folgt aus der vorwiegend gemeindlichen und damit insoweit staatlich gewährten Nutzung. Art. 14 Abs. 1 GG greift auch hinsichtlich dieser Schadensersatzansprüche nicht ein.

4. Anspruch aus Art. 34 Abs. 1 GG, § 839 BGB

Wie oben dargelegt, stehen die Ansprüche aus Amtshaftung und schuldrechtsähnlicher Sonderverbindung in echter Konkurrenz⁴⁵⁾. Entsprechend dem gewählten Ansatz, die untergesetzlichen Rechtsnormen in gemeindlichen Benutzungsverhältnissen an höherrangigen Rechtsnormen, also einfachen Gesetzen und der Verfassung zu überprüfen⁴⁶⁾, kann die Freizeichnung von Amtshaftungsansprüchen aus Art. 34 GG, § 839 BGB, gegen eine Verfassungsnorm, nämlich Art. 34 Satz 1 GG verstoßen.

a) Diese Ansicht wird auch von einem Teil des

44) vgl. oben S. 109

45) vgl. dazu oben S. 117 m. w. N. in FN 72

46) vgl. oben S. 139 und unten S. 199 ff.

Schrifttums vertreten^{46a)}. Man argumentiert mit dem Wortlaut des Art. 34 GG, der gegenüber dem Art. 131 WRV^{46b)} keine "nähere Regelung" der Amtshaftung im Wege der Gesetzgebung kenne, sondern die Amtshaftung "grundsätzlich" anordne. Sie sei daher nicht abdingbar.

- b) Gerade aus der Verwendung des Wortes "grundsätzlich" schließt aber die h. M.⁴⁷⁾ im Gegenteil darauf, daß die Staatshaftung nicht ausnahmslos, sondern eben nur im Prinzip angeordnet sei. Das bedeute im allgemeinen

46a) vgl. Benke (Angabe ohne Vorname) "Staatshaftung für Amtspflichtverletzung" in BB 51 S. 519; Huber Bd. I S. 505/506 (zum Ausschluß der Posthaftung); Jeß in: BK Art. 34 GG Anm. II 1 (Erstbearbeitung); von Mangoldt-Klein Art. 34 Anm. II 8 m. ausführlicher Auseinandersetzung der Argumentation des BGH (dazu sogleich)

46b) (Weimarer) Verfassung des deutschen Reichs v. 11. 8. 1919

47) st. Rspr. BGHZ 9 S. 289, 291; 12 S. 89, 92; 13 S. 241, 243; NJW 73 S. 1743 = BGHZ 61 S. 7 ff. (hier aber abgekürzt), bestätigt durch Urt. v. 20. 9. 1973, NJW 73 S. 2102/2103; vgl. auch BVerfGE 33 S. 240, 246: "Eine gewisse Rücksichtnahme auf die Belastung der öffentlichen Haushalte ist nicht zu beanstanden."; vgl. auch Bender Rdnr. 695; Brehm DÖV 74 S. 415; Dagtoglou: BK (Zweitbearbeitung) Art. 34 Rdnr. 342; Erichsen VerwArch 74 (Bd. 65) S. 219 ff.; Ossenbühl, StaHar, S. 55/56; Sörgel-Glaser § 839 Rdnr. 55; die h. M. referierend, ohne ausdrücklich Stellung zu nehmen: Tiemann VerwArch 74 (65) S. 381 ff.

juristischen Sprachgebrauch, daß Ausnahmen möglich seien. So habe der Verfassungsgeber es auch verstanden. Aus keinem Umstand gehe hervor, daß die Staatshaftung im Grundgesetz gegenüber der WRV wesentlich anders geregelt werden sollte. Allerdings könne die Staatshaftung nur durch den parlamentarischen Gesetzgeber abbedungen werden. Eine Freizeichnung durch Satzung - erst recht also durch nicht-satzungsförmige Regelung - komme nicht in Betracht, da es sich bei § 839 BGB und Art. 34 GG insoweit um vorrangige Regelungen handie⁴⁸⁾.

- c) Eine dritte Ansicht⁴⁹⁾ geht davon aus, daß die Staatshaftung auch durch gemeindliche Satzung ausgeschlossen werden könne, da die Regelung in Art. 34 GG für einen Gesetzesvorbehalt keinen Anhaltspunkt biete.
- d) Die h. M. wird Wortlaut und Sinn der Regelung des Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB am besten gerecht.
Das Adverb "grundsätzlich" betont nicht den Ausschließlichkeitscharakter der Staatshaftung, sondern bedeutet vielmehr nach juristischem Sprachkonsens, daß damit eine Regel angesprochen wird, von der es Ausnahmen gibt. Weder aus dem Wortlaut der Verfassung noch aus der Systematik der Vorschrift des Art. 34 GG läßt sich entnehmen, daß in diesem speziellen Fall die Bedeutung des Wortes "grundsätzlich" eine andere

48) so auch Rüfner DÖV 74 S. 809, der jedoch i.ü. noch eine, sogleich zu erörternde abweichende Ansicht vertritt

49) so vor allem Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz Art. 34 Rdnr. 34; wohl auch BayVerfGH Entsch. v. 6. 4. 1970 DÖV 70 S. 488, zumindest in den Gründen, während die Leitsätze eher das Gegenteil nahelegen

sein sollte. Außerdem wäre eine Änderung des Rechtszustandes gegenüber der WRV sicherlich deutlich in der Vorschrift zum Ausdruck gekommen⁵⁰⁾.

Demgegenüber kann der weitergehenden Ansicht von Maurx nicht gefolgt werden. Die Staatshaftung ist bundesrechtlich geregelt. Sie stellt eine Materie dar, die nicht von der gemeindlichen Satzungsgewalt umfaßt wird, da diese aus dem landesrechtlichen Ermächtigungen der Gemeindeordnungen abgeleitet ist und nicht unmittelbar aus der grundgesetzlich garantierten Selbstverwaltungsgarantie⁵¹⁾.

Darüber hinaus würde die Möglichkeit der Freizeichnung von der Staatshaftung die Eigenhaftung des handelnden Beamten nach § 839 BGB eröffnen⁵²⁾. Dieses Ergebnis der Freizeichnung widerspricht gerade dem Sinn des Art. 34 GG, der die Überleitung der in der Person des Amtswalters begründeten Haftung auf den Staat anordnet.

Gestützt wird diese Ansicht auch durch die RefE zur Reform des Staatshaftungsrechts, vgl. Art. 1 Ziff. 2 EGÄndGG, RefE.

50) so hat sich Dagtoglou in der Zweitbearbeitung der BK im Gegensatz zur Erstbearbeitung von Jeß bereits der h. M. angeschlossen, vgl. die Nachweise in der vorgehenden FN 49

51) vgl. oben S. 137; darauf weist auch BGH, Urt. v. 17. 5. 1973, NJW 73 S. 1743 (li.Sp.) hin, dies wird, soweit ersichtlich, auch nicht bestritten

52) so richtig Erichsen VerwArch 74 (65) S. 225, der zumindest im Ergebnis dem BGH folgt

Danach soll Art. 34 GG folgenden Wortlaut erhalten:

- " ...
(2) Das Nähere regelt ein Bundesgesetz, das auch eine Haftung für rechtswidrige Gesetzgebung vorsehen kann; das Gesetz bedarf der Zustimmung des Bundesrates. "

Damit ist auch nach den Reformbestrebungen davon auszugehen, daß eine Freizeichnung von der Staatshaftung nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, jedoch durch Bundesgesetz zu erfolgen hat⁵³⁾.

Festzustellen ist somit, daß eine Satzung, die auch von der Staatshaftung freizeichnen wollte, gegen höherrangiges Recht verstieße und insoweit unwirksam, da nichtig wäre⁵⁴⁾. Erst Recht muß dies für eine nicht-satzungsförmige Benutzungsregelung gelten.

- e) Dieses Ergebnis wird von Rüfner⁵⁵⁾ als unbillig empfunden. Er meint, die Freizeichnung von der vertragsähnlichen Haftung ohne gleichzeitige Beschränkung der Deliktshaftung bringe keine Entlastung der Gemeinde in haftungsrechtlicher Sicht. Der mit der Freizeichnung verfolgte Effekt trete deshalb nicht ein, weil die Vertragspflichten gegenüber den Benutzern auch gleichzeitig Amtspflichten seien⁵⁶⁾, so daß

53) die übrigen Haftungsgrundlagen sollen von gesetzlichen Regelungen nicht berührt werden, vgl. §§ 15, 18 des Entwurfs

54) diese Sanktion ist zwangsläufig

55) vgl. DÖV 73 S. 809; der Schlußsatz bei Götz JuS 71 S. 352 deutet auf eine ähnliche Lösungsvorstellung hin

56) so auch Tiemann BayVB1 74 S. 57;

immer eine Anspruchskonkurrenz vorliege mit der Folge, daß die Freizeichnung in der Regel ins Leere gehe. Da jedoch die Entlastung der Gemeinde als grundsätzlich zulässig und - in gewissem Umfang - auch als billig empfunden werde, müsse dieses Ergebnis vermieden werden.

Die Lösung sieht Rüfner darin, daß die Gemeinden von ihrem Recht Gebrauch machen, die Amtspflichten selbst festzulegen. Er nimmt dabei bezug auf die unstreitige Ansicht, daß Amtspflichten nicht nur durch Gesetz, sondern auch durch Satzung, Verwaltungsvorschrift oder Einzelweisung umschrieben werden könnten⁵⁷⁾. Um nun zu vermeiden, daß die Verwaltung wegen der fehlenden Beschränkbarkeit der Amtshaftung bestimmte Amtspflichten erst gar nicht begründe, müsse es möglich sein, das Entstehen für die Erfüllung abzumildern auch durch Beschränkung der Haftung auf bestimmte Schäden oder bestimmte Schuldformen.

Bei diesem Schluß a maiore ad minus unterscheidet Rüfner allerdings die Amtspflichten in solche, die durch das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis begründet werden und in die allgemeinen Amtspflichten. Nur in den Fällen, in denen die Amtspflicht - insbesondere in Form der Verkehrssicherungspflicht - ihren Grund in der Zulassung zur Benutzung habe, könne sich die Gemeinde auch von ihr freizeichnen. Er bezieht dies auf Schlachthöfe, Schwimmbäder und ähnliche öffentliche Einrichtungen.

57) vgl. Rüfner aaO. m. w. N.

Dagegen soll die Beschränkung nicht möglich sein in den Fällen, in denen der Benutzer sich nicht "Klarheit über die ihm überbürdeten Risiken verschaffen könne", weil es an einem besonderen Zulassungsakt fehle. Als Beispiel nennt er Kinderspielplatz, Friedhof und Markt⁵⁸⁾.

Man muß bei der Entscheidung der Frage, inwieweit diese Ansicht, die bislang nur wenigen Angriffen in der Literatur ausgesetzt war⁵⁹⁾ und mit der sich die Rechtssprechung soweit ersichtlich, noch nicht auseinandergesetzt hat, zunächst einmal festhalten, daß die Prämisse von Rüfner, Amtspflichten könnten neben dem Gesetz auch durch Satzung oder Verwaltungsvorschrift und Einzelweisung bestimmt werden, richtig ist⁶⁰⁾. Dies folgt aus der besonderen

58) aaO. S. 810

59) vgl. Brehm DÖV 74 S. 415 ff. m. Erwiderung von Rüfner S. 417/418

60) vgl. Bender RdNr. 496 ff., 501; Wolff-Bachof I § 64 I b 4., S. 560; davon, daß durch Satzung Amtspflichten auferlegt werden können, scheint auch der BGH auszugehen im Urt. v. 17. 5. 1973, BGHZ 61 S. 14: "Soweit ... darstellt, haftet die Beklagte nach Grundsätzen der Amts- und Staatshaftung, da sie die Erhaltung der Verkehrssicherheit ihren Bediensteten als Amtspflicht auferlegt hat (§ 33 Abs. 2 der Satzung, vgl. BGH NJW 1973, 460) "

Konstruktion der Amtshaftung, bei der für die Verletzung einer Amtspflicht entscheidend darauf abgestellt wird, ob der Amtswalter den durch Dienstvorschriften konkretisierten Amtspflichten genügt hat, grundsätzlich zunächst unabhängig von der Frage, ob diese Dienstvorschriften als die speziell verbindlichen Normen, gemessen an der übrigen Rechtsordnung, rechtmäßig oder rechtswidrig sind. Es kann also amtspflichtgemäßes Handeln rechtswidrig sein und umgekehrt rechtmäßiges amtspflichtswidrig. Ob daher bestimmte Pflichten dem Amtswalter auferlegt werden oder nicht, kann durchaus von der Gemeinde bestimmt werden mit der Folge, daß die Amtshaftung sich nach diesen Vorschriften richtet.

Das von Rüfner abgeleitete Ergebnis läßt sich jedoch nicht uneingeschränkt vertreten. Bei der Übernahme bestimmter Leistungspflichten mag die Gemeinde festlegen können, daß von dem möglichen Leistungsumfang einer öffentlichen Einrichtung einige Leistungen nicht erbracht werden. Sind die Leistungspflichten aber einmal konkretisiert, so müssen sie grundsätzlich auch in vollem Umfang erfüllt werden. Im anderen Fall würde die Beachtung der üblichen Sorgfalt nicht als Amtspflicht auferlegt, was mit der Appellstruktur der Amtspflicht unvereinbar wäre. Es muß den Amtswaltern zur Pflicht gemacht werden, bei der Ausübung ihrer hoheitlichen Tätigkeit die größtmögliche Sorgfalt zu beachten.

Dies ergibt sich auch aus dem Vergleich mit

der Haftung für eine Auskunft⁶¹⁾. Es besteht zwar kein allgemeines Recht auf Auskunfterteilung. Wird aber schuldhaft eine falsche Auskunft erteilt, so löst dies die Schadensersatzpflicht aus § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG aus.

Demnach ist festzustellen, daß dem Amtswalter nicht von vornherein erlassen werden kann, seine Amtspflichten so sorgfältig wie möglich zu erfüllen. Die Regelung der Frage, ob man trotz dieses grundsätzlichen Bemühens Schäden vermeiden kann und deswegen in bestimmten Fällen von einer Sanktionierung durch Schadensersatz absieht, kann rechtsdogmatisch erst auf der nächsten Stufe erfolgen. Dies verbindlich zu regeln, steht aber nach nahezu einhelliger und von Rüfner geteilter Ansicht weder dem gemeindlichen Normgeber noch dem Ermächtigungsadressat von Rechtsverordnungen zu.

Diese Argumentation wäre nur dann zu korrigieren, wenn man nicht der h. M.⁶²⁾, wonach die Rechtspflichten im "Innenrechtskreis"⁶³⁾ verbindlich sind, folgen würde, sondern für die Bestimmung der Pflichten das Außenverhältnis zum Benutzer als maßgeblich ansähe. Im Innenverhältnis könnte dann der Appell an den Amtswalter bestehen bleiben, ohne daß dies einer Pflichtenbegrenzung nach außen entgegenstünde.

61) vgl. Wolff-Bachof I § 45 II b 3, S. 365

62) vgl. Bender Rdnr. 492 ff.; Wolff-Bachof I § 64 I b 4, S. 560; vgl. auch BGH Urt. v. 21. 5. 1959, NJW S. 1629; a. A. Dagglou in BK Art. 34 GG Rdnr. 143; gegen den BGH auch Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 489 ff., der dennoch den Verwaltungsvorschriften als "Anomalie" Außenwirkung einräumt, S. 491

63) vgl. Bender aaO. Rdnr. 501

Dogmatischer Ansatzpunkt könnte hier die "Drittbezogenheit" der Amtspflicht sein. Die Amtspflicht muß gerade dem Geschädigten gegenüber bestehen. Die freizeichnende Satzung könnte möglicherweise hier ansetzen und die Amtspflicht, die im Innenverhältnis unbeschränkbar ist, im Verhältnis zum Geschädigten als Dritten einschränken. Dafür ist aber Voraussetzung, daß auch die Drittbezogenheit regelbar ist. Wie oben schon ausgeführt, richtet sich die Frage der Drittbezogenheit aber nicht nach dem, was in der Satzung geregelt ist, sondern allein danach, ob die dem Amtswalter auferlegten Amtspflichten auch den geschädigten Dritten schützen sollen^{63a)}. Dies wird im Benutzungsverhältnis immer der Fall sein, so daß hier eine Regelungskompetenz der Gemeinde nicht zu ersehen ist. Vielmehr ist dies allein eine Frage rechtlicher Beurteilung.

Wegen der Innenrechtsbezogenheit der Amtspflichten läßt sich also de lege lata nur feststellen, daß eine Satzung, die auch von der Staatshaftung freizeichnen will, gegen Art. 34 GG verstößt⁶⁴⁾.

63a) vgl. dazu oben S. 94

64) So will Rüfner DÖV 74 S. 418 zwar in seiner Antwort auf Brehm an seiner Ansicht festhalten, meint aber schließlich, daß dieses Problem bei der Neuordnung des Staatshaftungsrechts berücksichtigt werden sollte. Dabei macht Rüfner auch deutlich, daß dort die Schwachstelle seiner Ausführungen in DÖV 73 S. 808 ff. liege; wie hier auch Püttner, Unternehmen, S. 347, insbes. FN 89: "Damit geht der Amtshaftungsanspruch in den Anspruch auf Schaffung zuverlässiger Einrichtungen über."

Nach dem RefE von 1976, der insoweit dem Vorschlag des Kommissionsbericht von 1973 ("Reform des Staatshaftungsrechts" S. 69) aufgegriffen hat, soll nicht mehr die Innenrechtsbeziehung relevant für die Staatshaftung sein, sondern allein das Außenverhältnis⁶⁵⁾. Hier können also zwei verschiedene Anforderungen nebeneinander bestehen. Der innengerichtete Appell braucht nicht nach außen weitergegeben zu werden. Hier sind Pflichtenbegrenzungen durchaus möglich, wie im Kommissionsbericht von 1973 (S. 69) auch ausdrücklich erwähnt wurde. Der Grund liegt in der rigorosen Haftung des Staates aus rechtswidriger Pflichtverletzung, die nach dem RefE angeordnet wird. Das Bedürfnis nach Eingrenzung der Pflichten ist hier also wesentlich ausgeprägter, weil das jetzt noch vorhandene Korrektiv des Verschuldens wegfallen soll. Zur heutigen Rechtslage, bei der immer noch auf Verschulden abgestellt wird, läßt sich daraus nichts herleiten.

Der Anspruch aus § 839 BGB kommt wegen der mangelnden Beschränkbarkeit des Art. 34 Abs. 1 GG nicht zum Zuge, seine Beschränkbarkeit ist damit nicht weiter zu untersuchen. Abgesehen davon käme sie aber auch deshalb nicht in Betracht, weil es sich um eine spezielle Gesetzgebungsmaterie handelt, deren Regelung gemäß Art. 73 Ziff. 8 GG Gegenstand der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes ist.

65) vgl. die Einzelbegründung zu § 1 Abs. 1 E StaHaG S. 82: "Die Pflicht entfaltet sich im Außenverhältnis zwischen Staat und Bürger."

4. Anspruch aus Gefährdungshaftung

Die Ansprüche aus Gefährdungshaftung sind, wie oben ausgeführt, vom Gesetzgeber zum Ausgleich für Haftungsrisiken eingeführt worden, die durch den Betrieb besonders gefährlicher Anlagen entstehen. Die Haftung tritt ohne Verschulden ein. Satzungen^{65a)} können in ihrem Bereich nur dann Regelungen treffen, wenn zwingendes Recht nicht entgegensteht.

- a) Beim Anspruch aus § 1 a RHPflG ergibt sich die Unbeschränkbarkeit bereits aus dem Gesetz. Gemäß § 5 RHPflG ist eine Haftungsbeschränkung durch vertragliche Freizeichnung verboten. Im vorliegenden Zusammenhang ist damit auch die Freizeichnung in solchen Regelungen, die als Rechtsnormen anzusehen sind, zwar nicht ausdrücklich bestimmt⁶⁶⁾. Wenn die vertragliche Gestaltungsfreiheit jedoch eingeschränkt ist, dann muß dies erst recht für einseitige Regelungen gelten, da der einseitig angeordnete Rechtsverlust weniger gerechtfertigt ist als der von beiden Seiten aushandelbare. Eine abändernde Regelung kann daher nur durch förmliches Gesetz erfolgen⁶⁷⁾. Eine eingehendere Begründung für dieses Ergebnis liefert Tiemann⁶⁸⁾, der die Unzulässig-

65a) im folgenden immer auch auf nicht-satzungsförmige Regelungen bezogen, da sie nachgeordnet sind

66) dies stellt auch Riedel S. 31 zu Abschnitt II Nr. 5 AVB fest

67) so auch die einhellige Ansicht, zitiert bei Riedel aaO. FN 106

68) vgl. BayVB1 74 S. 59/60

keit satzungsmäßiger Abänderung aus dem Willkürverbot herleiten will. Eine Haftungsbeschränkung bedeute eine Schlechterstellung der Benutzer im Vergleich zu Dritten, denen gegenüber die Haftung voll durchgreife. Außerdem würde eine Beschränkung, die auf Verschulden abstelle, dem Wesen der Gefährdungshaftung widersprechen, da diese unabhängig vom Verschulden eingreife⁶⁹⁾.

- b) Auch für andere Gefährdungshaftungstatbestände enthalten die entsprechenden Gesetze Vorschriften, in denen der Haftungsausschluß für Teilbereiche verboten wird. Die Haftung aus § 8 a Abs. 1 StVG (§7 StVG greift im Verhältnis zu anderen Verkehrsteilnehmern ein, nicht gegenüber den Benutzern als Fahrgästen) kann bei entgeltlicher geschäftsmäßiger Personenbeförderung, auch wenn sie von einer "Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts betrieben wird", vgl. § 8 a Abs. 1 Satz 3 StVG, die Verpflichtung, Schadensersatz wegen Tötung oder Verletzung einer beförderten Person zu leisten, nicht ausgeschlossen werden, vgl. § 8a Abs. 2 StVG. Inhaltlich übereinstimmende Regelungen enthalten die aufgrund § 58 Abs. 1 Ziff. 3 PBefG erlassenen Rechtsverordnungen. Die abweichende Regelung der Haftung für Sachschäden ist nicht ausdrücklich aus-

69) vgl. Tiemann aaO. u. VerwArch 74 (65) S. 400/401; soweit bei Palandt-Heinrichs § 254 Anm. 6 u. - bezogen auf die Tierhalterhaftung - § 833 Anm. 2 auch Haftungsausschluß für Gefährdungshaftung lapidar bejaht wird, steht dies dem hier vertretenen Ergebnis nicht entgegen, da sie die Ausführungen dort nur auf die zivilrechtlichen Haftungsausschlüsse beziehen

geschlossen. Sie wäre deshalb möglich, wenn die zu § 1 a RHPflG dargestellte Ansicht Tiemanns zuträfe, wonach die Gefährdungshaftung niemals durch gemeindliche Satzung ausgeschlossen werden könne.

Soweit Tiemann zur Begründung seines Ergebnisses auf Art. 3 Abs. 1 GG abstellt, kann dem nicht gefolgt werden. Die ungleiche Behandlung von Benutzern und außenstehenden Dritten kann durchaus gerechtfertigt sein. Für die Gemeinde ist das Haftungsrisiko dem Benutzer gegenüber ungleich höher als gegenüber nur zufällig mit der Einrichtung in Kontakt kommenden Dritten. Der Grund für eine Haftungsbeschränkung, das Haftungsrisiko im Benutzungsverhältnis als besonders engem Kontaktverhältnis zu mindern, kann, an Art. 3 Abs. 1 GG gemessen, nicht als willkürlich bezeichnet werden.

Auch das weitere Argument Tiemanns, die Freizeichnung würde dem Wesen der Gefährdungshaftung widersprechen, hält näherer Überprüfung nicht stand. In die Gefährdungshaftungstatbestände lassen sich erst gar keine Verschuldensmaßstäbe einführen. Es geht bei der Haftungsfreizeichnung auch nicht darum, sondern immer um einen generellen Ausschluß der Gefährdungshaftung. Da sie so konzipiert ist, daß sie als Auffanghaftung bei fehlendem Verschulden eingreift, stehen diese Ansprüche immer in Konkurrenz zu Deliktsansprüchen bei schuldhaftem Verhalten. Wenn also die Freizeichnung auf bestimmte Schuldformen erfolgt, so ist damit gleichzeitig die Gefährdungshaftung ausgeschlossen, ohne daß in Bezug auf diese Tatbestände noch Verschulden zu prüfen wäre.

Ist auch die Begründung Tiemanns nicht stichhaltig, so muß ihm doch mit gewissen Einschränkungen im Ergebnis zugestimmt werden.

Die Gefährdungshaftung bedarf nach hier vertretener Ansicht⁷⁰⁾ immer einer formell-gesetzlichen Grundlage. Die Satzung als untergesetzliche Rechtsnorm kann nur dann eine abweichende Regelung treffen, wenn die Vorschrift, die die Gefährdungshaftung anordnet, nicht zwingendes Recht darstellt. Wo der Gesetzgeber also zu erkennen gibt, daß diese Haftung anders geregelt werden kann, z. B. bei § 8a Abs. 2 StVG für Schäden, die an mitgeführten Sachen des Beförderten entstehen, besteht kein Grund, diese Möglichkeit dem Satzungsgeber grundsätzlich zu verschließen⁷¹⁾. Enthält das haftungsanordnende Gesetz keine Vorschrift, in der das Beschränkungsrecht geregelt ist, so muß davon ausgegangen werden, daß der Grund, der zur Anordnung der Gefährdungshaftung per Gesetz geführt hat, auch Ausnahmen von dieser Haftung verbietet.

B Grenzen der Haftungsfreizeichnung

Bisher wurde für die Bereiche der schuldrechts-

70) vgl. oben S. 115/116

71) deshalb ungenau Palder Diss. S. 46, der übersieht, daß § 8a StVG nur den Ersatz des Körperschadens betrifft; zu beachten sind jedoch die Vorschriften der Verordnung v. 27. 2. 1970 (BGBl I S. 230), die aufgrund von § 58 Abs. 1 Ziff. 3 PBefG erlassen wurde, vgl. dazu oben S.

ähnlichen Haftung und - in geringem Umfang - der Gefährdungshaftung lediglich die grundsätzliche Möglichkeit haftungsbeschränkender Regelungen untersucht und bejaht. Problematisch bleibt die Frage, welchen Umfang die Haftungsbegrenzung annehmen darf. Bei der Entwicklung und Darstellung dieses Problems können die Gefährdungshaftungstatbestände unberücksichtigt bleiben, da sie nicht verschuldensabhängig sind und die Begrenzung auf bestimmte Schuldformen gleichzeitig den Ausschluß der schuldlosen Haftung bedeutet. Es geht im folgenden nur um die Grenzen der Beschränkbarkeit der Ansprüche wegen Nichterfüllung, Gewährleistung und Verletzung von Nebenpflichten, also positiver Vertragsverletzung und culpa in contrahendo.

I. Bisherige Lösungsversuche

Das angesprochene Problem wird seit geraumer Zeit in Rechtssprechung und Literatur erörtert, ohne daß sich eine der verschiedenen Ansichten hätte entscheidend durchsetzen können. Es werden sehr unterschiedliche Meinungen vertreten⁷²⁾.

72) insofern hat sich an dem bereits 1968 von Schwär Diss. S. 121, konstatierten Zustand: "Hinsichtlich der Rechtsgrundlage und der Grenzen solcher Vereinbarungen bestehen allerdings noch erhebliche Meinungsverschiedenheiten." nichts entscheidendes geändert

1. Die einen gehen davon aus, daß die Rechtsgedanken des Bürgerlichen Rechts auch bei Beschränkung der Haftung in öffentlich-rechtlichen Verhältnissen anzuwenden, die Freizeichnungen in Benutzungsanordnungen analog den AGB im Zivilrecht nach denselben Kriterien zu überprüfen seien⁷³⁾. Dementsprechend wird zunächst unter Hinweis auf § 276 Abs. 2 BGB der Ausschluß für vorsätzlich verursachte Schäden als unzulässig angesehen⁷⁴⁾. Darüber hinaus wird aus § 826⁷⁵⁾ oder § 138 BGB⁷⁶⁾ abgeleitet, daß die generelle Haftungsfreizeichnung bei öffentlichen Monopolbetrieben gegen die guten Sitten verstoße⁷⁷⁾. Ebenso sei sie bei Anordnung von Anschluß- und Benutzungszwang unzulässig, da die Einrichtung die Zwangslage des Benutzers auch hier sittenwidrig ausnutze⁷⁸⁾.

73) vgl. OVG Münster OVGE 18 S. 153; Blume Diss. S. 171; Eckert DVB1 62 S. 20; Forsthoff S. 422; Gönnenwein S. 513; Hurst HdbKWP II S. 856; Püttner, Energieversorgung, S. 162 (allerdings nur für AVB); so auch das RG in RGZ 62 S. 264 (zur Freizeichnung für Schäden bei Benutzung des "Kaiser-Wilhelm"-Kanals);

74) vgl. Gönnenwein S. 513 FN 13 u. die Nachweise in FN 1; so auch Schneider NJW 62 S. 708

75) so Forsthoff aaO.

76) vgl. Hurst aaO.

77) vgl. Forsthoff aaO.; Püttner, Unternehmen, S. 347; Zuleeg JuS 73 S. 37 (re.Sp.), auf einen Sittenverstoß hebt auch das OLG Düsseldorf, Urt. v. 30. 10. 1975 (nicht veröffentlicht, Az: 18 U 20/75) ab

78) vgl. Forsthoff aaO., der zunächst die vertragliche Beschränkung anspricht, die Grundsätze aber auch "in den übrigen Fällen" anwenden will, so auch Eckert aaO.

Dabei lassen sich aber zwei Ansichten auseinanderhalten, die bei Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze zum Monopolmißbrauch und der Zwangslage zu verschiedenen Ergebnissen kommen.

Die einen halten jeden Ausschluß der Haftung in den Monopol- und Zwangsverhältnissen für sittenwidrig und unwirksam⁷⁹⁾. Eckert betont sogar, die praktischen Fälle einer wirksamen Freizeichnung seien selten, und vertritt damit die im Ergebnis wohl engste Auffassung.

Demgegenüber wird ganz überwiegend aus den Grundsätzen der §§ 134, 138, 826 BGB nur eine Beschränkung der grundsätzlich möglichen Haftungsfreizeichnung entnommen. Ein Haftungsausschluß für leichte Fahrlässigkeit soll auch in diesen Fällen nicht gänzlich ausgeschlossen sein⁸⁰⁾. Insbesondere das OVG Münster⁸¹⁾ begründet seine Ansicht damit, daß Haftungsfreizeichnung auch bei Monopolbetrieben grundsätzlich zulässig sein müsse, da Aufwand und Nutzen für den Benutzer zu vertretbarem Preis nur unter Haftungsbeschränkungen möglich sei. Bei einem Haftungsausschluß müsse aber der Benutzungszwang unter Umständen wegfallen⁸²⁾.

Bestimmten die Vertreter dieser Ansicht die Mög-

79) vgl. Eckert aaO. u. Forsthoff aaO., allerdings nicht so eindeutig; unter Berufung auf das RG auch Blume Diss. S. 170

80) vgl. OVG Münster OVGE 18 S. 153, insbes. S. 161; undifferenziert auch Gönnenwein S. 513; wohl auch Püttner, Unternehmen, S. 347; Zu- leeg JuS 73 S. 37; unklar Hurst HdbKWP II S. 856

81) aaO.

82) so Leitsatz 5. OVG-Urt.; so von grundsätzlich anderem Ausgangspunkt im Ergebnis auch Palder Diss. S. 141, der dies aus Art. 14 GG herleiten will

lichkeiten und Grenzen dieser haftungsfreizeichnenden Regelungen auch vorwiegend nach aus dem Zivilrecht entlehnten Grundsätzen, so finden sich bei einigen zumindest Anklänge an öffentlich-rechtliche, insbesondere Verfassungsgrundsätze.

So stellt Forsthoff⁸³⁾ fest, daß eine Haftungsbeschränkung unzulässig sei, wenn sie "mit den allgemeinen fürsorgerischen Aufgaben der Verwaltung in Widerspruch stehen würde". Wenn damit auch nicht ausdrücklich das Sozialstaatsprinzip, in Art. 20 Abs. 1 GG verankert, genannt ist, so wird der grundlegende Gedanke dieses Korrektivs doch diesem Prinzip zuzuordnen sein.

Auch das OVG Münster⁸⁴⁾ fordert, daß der Haftungsausschluß nicht nur nicht gegen die guten Sitten verstoßen dürfe, sondern auch nicht "willkürlich" sein dürfe. Dieser Gedanke kann dem Bereich des Art. 3 Abs. 1 GG zugeordnet werden.

2. In seiner grundlegenden Entscheidung zur Frage der Haftungsfreizeichnung in durch Satzung ausgestalteten öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen vom 17. 5. 1973⁸⁵⁾ trägt der BGH diese angedeuteten Kriterien zusammen und stellt fest, daß es grundsätzlich zulässig sei, die vertragsähnliche Haftung durch Satzung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu beschränken,

83) aaO. FN 4

84) vgl. OVG 18 S. 163; noch deutlicher auf das Gleichheitsgebot anspielend: BayVfGH DÖV 70 S. 488/489

85) in BGHZ 61 S. 7 ff., insbes. S. 13

ausdrücklich auch bei Benutzungszwang und Monopolstellung. Die Beschränkung der Haftung müsse aber "durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein", den Grundsätzen der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit entsprechen^{85a)}, dürfe "nicht in Widerspruch zu den allgemeinen fürsorgerischen Aufgaben der Verwaltung"⁸⁶⁾ stehen und die "Verantwortung für Schäden nicht ausschließen, die auf offensichtliche Mißstände in der Anstalt zurückzuführen sind"⁸⁷⁾. Auch der BGH sieht (unter Hinweis auf Schneider⁸⁸⁾) das Bedürfnis, im verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis durch Begründung der vertragsähnlichen Haftung der Gemeinde keine "Überhaftung" der öffentlichen Hand eintreten zu lassen und folgert die grundsätzliche Zulässigkeit der Haftungsfreizeichnung auch aus der sinngemäßen Anwendung der §§ 276, 278 BGB, stimmt also insoweit mit den Vertretern der "zivilistischen" Auffassung überein⁸⁹⁾.

Während diese die dogmatische Rechtfertigung der Haftungsbeschränkung in der Übertragung schuldrechtlicher Grundsätze⁹⁰⁾ auf analoge

85a) Verweis u. a. auf OVG Münster aaO. u. BayVG BayVB1 60 S. 387

86) vgl. Forsthoff aaO, Verweis auch beim BGH

87) Verweis auf OVG Münster aaO.

88) vgl. NJW 62 S. 708

89) vgl. auch Ludwig-Odenthal S. I/45, die die Auffassung des BGH über die öffentliche Wasserversorgung wörtlich übernehmen; kritisch Schwarze JuS 74 S. 641, der jedoch einräumt, daß sich mit den vom BGH aufgestellten "Kautelen" durchaus angemessene Ergebnisse erzielen lassen

90) teilweise als Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken, so z. B. Forsthoff S. 424

Tatbestände des öffentlichen Rechts sehen, äußert sich der BGH nicht zur Rechtsgrundlage öffentlich-rechtlicher Haftungsausschlüsse.

3. Demgegenüber werden im neueren Schrifttum, soweit es sich mit dieser Frage eingehend befaßt, Möglichkeiten und Grenzen der Haftungsfreizeichnung eindeutig und ausdrücklich öffentlich-rechtlichen Grundsätzen, vor allem Verfassungsprinzipien entnommen⁹¹⁾. Im einzelnen ist das Meinungsbild jedoch so vielfältig und differenziert, daß es eingehender Darstellung bedarf.

- a) Aus dem Willkürverbot und den Prinzipien der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit⁹²⁾

91) vgl. Brehm Diss. S. 193; Dagtoglou in: BK Art. 34 Rdnr. 35 ff.; Erichsen VerwArch 74 (65) S. 222; Götz JuS 71 S. 349; Palder Diss. S. 90 ff.; Rüfner DÖV 73 S. 810; Schwär Diss. S. 122, der jedoch inkonsequent auf S. 123 doch wieder in Anlehnung an die im Zivilrecht entwickelten Maßstäbe (Sittenwidrigkeit, Verstoß gegen Treu und Glauben) zumindest die "absolute Grenze" bestimmen will; vgl. auch Schwarze JuS 74 S. 641; Tiemann bayVB1 74 S. 60 unter Hinweis auf Götz aaO. in FN 31; ders. VerwArch 74 (65) S. 402

92) vgl. zum Begriffsinhalt näher unten S.225

wird⁹³⁾ teilweise entnommen, daß die Haftung der öffentlichen Hand für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden könne. Im übrigen sei auch der Ausschluß der Haftung für leichte Fahrlässigkeit nur dann zulässig, wenn die vom BGH genannten Bedingungen erfüllt seien⁹⁴⁾. Eine Differenzierung nach Schadensarten oder anderen Kriterien wird nicht vorgenommen⁹⁵⁾.

- b) Dagegen halten andere eine unterschiedliche Betrachtung aller Schäden und Arten von Benutzungsverhältnissen für erforderlich. Kriterien und Umfang der Unterscheidung sind jedoch auch hier wieder unterschiedlich. Götz⁹⁶⁾ meint, in den Fällen, in denen wegen des dringenden Bedürfnisses zum Schutz der Volksgesundheit Anschluß- und Benutzungszwang angeordnet sei, könne die Verschuldenshaftung der Gemeinde für Gesundheitsschäden nicht beschränkt werden. Im übrigen - also hinsichtlich Sachschäden und anderer Benutzungsverhältnisse - sei die Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nur dann möglich, wenn sie durch ein

93) vgl. Brehm Diss. S. 139; Dagtoglou in: BK Art. 34 Rdnr. 35 ff.; ebenso Maunz-Dürig-Herzog-Scholz Art. 34 Rdnr. 34, auf den sich auch der BGH aaO. beruft

94) vgl. Brehm aaO., zur Ansicht des BGH oben S. 174

95) im wesentlichen folgt man dem bereits aus Einzeläußerungen i. d. Lit. u. Rspr. zusammengefaßten Kriterienkomplex des BGH unter deutlicher Akzentuierung der öffentlich-rechtlichen Aspekte, so sehr deutlich Brehm aaO.

96) vgl. Götz JuS 71 S. 352 am Beispiel der Wasserversorgung

besonderes öffentliches Interesse begründet und mit dem Zweck der öffentlichen Einrichtung vereinbar sei.

Eine weitergehende Differenzierung nimmt Rüfner⁹⁷⁾ vor. Er hält nicht die Orientierung an den zivilrechtlichen Verschuldenskategorien, sondern die Belastung für den geschädigten Benutzer bei der Grenzbestimmung für wichtiger. Danach kann auch bei einem schweren Versehen der Gemeinde die Überwälzung des Risikos auf ihn zumutbar sein, wenn kein hoher Schaden entstanden ist. Eine Freizeichnung für schwere Einzelschäden hält er als unverhältnismäßige Belastung des Bürgers in aller Regel für unzulässig.

Neben der Berücksichtigung der Schwere der Schäden differenziert Rüfner aber auch danach, ob Gesundheits- oder Sachschäden entstanden sind. Die Haftung für Körperschäden ist nach seinen Ausführungen nicht beschränkbar⁹⁸⁾.

Auch Schwarze⁹⁹⁾ meint, man müsse ("künftig") als Maßstab für die Zulässigkeit satzungsmäßiger Freizeichnung die sozialstaatliche Funktion der Einrichtung, die Schwere des Einzelfalls, die Gebührenhöhe und darüber hinaus die Versicherbarkeit der typischen Schadensrisiken ansehen,

97) in DÖV 73 S. 811

98) Rüfner S. 810 nimmt dabei die Formulierung bei Forsthoff aaO., die Haftungsbeschränkung dürfte nicht mit den (fürsorgerischen, so F.) "Aufgaben der Verwaltung im Rahmen der modernen Daseinsvorsorge im Widerspruch stehen", auf

99) vgl. JuS 74 S. 641 u. Hinweis u. a. auch auf Rüfner aaO.

ohne dies jedoch näher auszuführen oder zu begründen.

Eingehender setzt sich Tiemann¹⁰⁰⁾ mit der Problematik der Grenzbestimmung auseinander. Er nennt zunächst¹⁰¹⁾ die den Benutzungsverhältnissen vorgegebene verfassungsrechtliche Ordnung, insbesondere den aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG, die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG¹⁰²⁾ und das Sozialstaatsgebot des Art. 20 GG¹⁰³⁾. Diese Grundsätze verbieten nach seiner Ansicht die "totale Überbürdung des Haftungsrisikos auf den Benutzer" bei Anschluß- und Benutzungszwang, weil jeder Haftungsausschluß in Art. 14 Abs. 1 GG eingreife und die Sozialbindung des Eigentums bereits durch den Benutzungszwang "bis an die äußerste Grenze erschöpft sei", die zusätzliche Belastung daher den Wesensgehalt des Eigentums, Art. 19 Abs. 2 GG, treffe¹⁰⁴⁾.

Das gleiche ergebe sich aus dem Übermaßverbot als Determinante jeglichen staatlichen Handelns sowie aus der sozialstaatlichen Komponente des Staatshaftungsrechts¹⁰⁵⁾.

Die "weitgehende Kongruenz" von öffentlich-rechtlicher Benutzungsordnung und AGB fordere

100) vgl. BayVB1 74 S. 57 ff. u. VerwArch 74 (65) S. 381 ff., insbes. 406 ff.

101) vgl. VerwArch aaO.

102) vgl. dazu grundsätzlich schon oben S.143 ff.

103) so auch in BayVB1 74 S. 61

104) vgl. VerwArch 74 S. 408

105) aaO.

im übrigen eine am Einzelfall zu orientierende Wertung und keine starren Freizeichnungsgrenzen. Deshalb kann nach seiner Ansicht¹⁰⁶⁾ ein Haftungsausschluß für grobe Fahrlässigkeit in Frage kommen, wenn beide Leistungen in krassem Mißverhältnis zueinander stehen¹⁰⁷⁾.

Bei "personalen Intergrations- und Kontaktverhältnissen" könne dagegen die Haftung für grobe Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden, da personaler Kontakt das Schadensrisiko für den Benutzer erhöhe.

Bei der Frage, ob die Beschränkbarkeit der Haftung für leichte Fahrlässigkeit möglich ist, soll das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Mittelpunkt stehen¹⁰⁸⁾, jedoch in Zusammenhang mit dem Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG, der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie und der sozialstaatlichen Gebundenheit kommunaler Leistungen. Unter dem Gesichtspunkt der jeweiligen "Funktion und Interessenstruktur der Beziehung" kommt Tiemann zu folgendem Ergebnis: Bei personalen Intergrationsverhältnissen¹⁰⁹⁾ soll darauf abgestellt werden, ob die personale Beziehung Kernpunkt des öffentlichen Leistungsinteresses ist. In diesem Fall¹¹⁰⁾ haftet die Gemeinde bei jedem Verschulden sowohl für Körper- als auch für Sachschäden.

106) aaO. S. 410

107) Beispiel: "kostenlose" Leihbibliotheksbenutzung

108) aaO. S. 411

109) Beispiele: Altersheim, Rehabilitationszentrum, Kindergärten, Krankenhäuser

110) vgl. die Beispiele aaO. S. 412

In den anderen personalen Kontaktverhältnissen sei das Interesse vor allem darauf gerichtet, die Benutzung zu ermöglichen und deshalb der Ausschluß für leichte Fahrlässigkeit zu bejahen¹¹¹⁾. Die Zulässigkeitsgrenze müsse jedoch bei privatwirtschaftlich kalkulierenden Einrichtungen enger gezogen werden als bei solchen, die ohne oder mit aus sozialen Gründen ermäßigten Gebühren arbeiten.

In Benutzungsverhältnissen, die in erster Linie vom Vermögenseinsatz des Benutzers geprägt sind, soll die Haftung für die Erfüllung des "Primärzwecks"¹¹²⁾ nicht abdingbar, im übrigen aber bei Verletzung von Neben-, insbesondere Schutz- und Obhutspflichten auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkbar sein. Zusätzlich sei bezüglich solcher Schädigungen " eine Haftungsbeschränkung umso eher zulässig, je niedriger die Gebühr im jeweiligen Benutzungsverhältnis bemessen " sei¹¹³⁾.

Auch Palder nimmt in seiner Dissertation von 1976¹¹⁴⁾ eine Differenzierung vor zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen. Ein Eingriff in Eigentum in Form des Ersatzanspruchs kommt nach seiner Ansicht nur in den entgeltlichen Benutzungsverhältnissen in Betracht. In diesen Verhältnissen seien die Grenzen der Haftungsfreizeichnung allein aus der "Wirk-

111) aaO. S. 414

112) z. B. Lieferung einwandfreien Wassers bei der Wasserversorgung: aaO. S. 412

113) vgl. aaO. S. 413 und BayVB1 74 S. 63

114) die jüngste Publikation zu diesem Thema, vgl. insbes. S. 103 ff.

kraft" des Art. 14 GG zu bestimmen, wobei insbesondere die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, im Anschluß an Grabitz¹¹⁵⁾ als "Proportionalität" bezeichnet, gebiete, den Umfang des Haftungsausschlusses umso stärker einzuengen, je höher die Gegenleistung sei¹¹⁶⁾.

Bei unentgeltlichen Verhältnissen könne das Übermaßverbot nicht gelten, da hier Art. 14 Abs. 1 GG nicht zur Anwendung komme¹¹⁷⁾. Deshalb sei in dem durch § 276 Abs. 2 BGB gesteckten Rahmen eine Freizeichnung für grobe Fahrlässigkeit aus der Sicht der Grundrechte zulässig¹¹⁸⁾.

Bei der Abwägung zwischen den grundsätzlich geschützten Individualinteressen und den Gemeinschaftsinteressen müsse aber noch das Sozialstaatsprinzip berücksichtigt werden. Erfülle daher eine Einrichtung fürsorgerische Zwecke, so verstoße es gegen den Zweck dieser Einrichtung, wenn die Haftung für Schäden, die aus einer fehlerhaften Behandlung des Benutzers entspringen, rechtssatzmäßig ausgeschlossen würde¹¹⁹⁾.

Eine weitergehende Freizeichnung sei auch nicht mit der Versicherbarkeit eventueller Schäden des Benutzungsgläubigers zu rechtfertigen. Dies könne

115) vgl. S. 117 m. Verweis auf Grabitz AÖR 73 (Bd. 98) S. 571 - 575

116) vgl. Palder S. 130; so auch Tiemann aaO.

117) Palder, S. 122, wendet sich hier ausdrücklich gegen Tiemann

118) aaO. S. 128

119) aaO. S. 132 - 134

auf die Geltung des Sozialstaatsprinzips keinen Einfluß haben.

Abschließend untersucht Palder noch die Frage, inwieweit eine Freizeichnungsregelung durch Anschluß- und Benutzungszwang beeinflusst wird und stellt fest, daß hier, wie oben schon angedeutet, eine Befreiung vom Anschluß- und Benutzungszwang möglich sein müsse. Er will dieses Ergebnis aus Art. 14 GG ableiten¹²⁰⁾.

Kritisch setzt sich Erichsen¹²¹⁾ vor allem mit der Ansicht des BGH und Tiemanns auseinander. Auch er meint, daß "in den Handlungsformen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts das gebotene, aber auch verfügbare Instrumentarium gegeben ist, um Haftungsbeschränkung und ausschluß herbeizuführen"¹²²⁾. Die Kriterien des BGH will er nahezu vollständig übernehmen, jedoch nur bei der Prüfung des übergeordneten Gesichtspunkts des Prinzips der Verhältnismäßigkeit. Allerdings bestreitet er, daß die Haftungsfreizeichnung auf einen Verstoß gegen die "fürsorgerischen Aufgaben der Verwaltung" überprüft werden könne¹²³⁾. In diesem Zusammenhang wendet er sich vor allem gegen die Lösung Tiemanns, dem er vorwirft¹²⁴⁾, das Sozialstaatsprinzip als "unbefragtes normatives Mäntelchen für typologisch orientierten Dezisionismus" zu

120) aaO. S. 141 (am Ende seiner Arbeit)

121) in VerwArch 74 (Bd. 65) S. 219 ff.

122) aaO. S. 222

123) aaO. S. 223

124) aaO. S. 224 und FN 31

"strapazieren". Er selbst scheint die "normative Legitimation für die Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten und damit für Entschädigung ausschließende Sonderregelung " in Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG zu sehen¹²⁵⁾.

II. Kritische Überprüfung der dargestellten Lösungsvorschläge

Die Entwicklung einer von diesen Vorschlägen verschiedenen Lösung ist wenig sinnvoll, wenn die bisher gefundenen Ergebnisse nicht zunächst daraufhin überprüft werden, ob nicht sie bereits tragfähige dogmatische und praktische Ansätze für eine Bestimmung der Freizeichnungsgrenzen enthalten.

1. Zunächst ist gegen die entsprechende Anwendung der Normen und Grundsätze des BGB, insbesondere des Schuldrechts, zur Bestimmung der Freizeichnungsgrenzen in den schuldrechtsähnlichen Verbindungen des öffentlichen Rechts nichts Grundsätzliches einzuwenden, da insofern derselbe dogmatische Schritt wie zur Begründung der Haftung erfolgt¹²⁶⁾. So wurde schon ausgeführt¹²⁷⁾,

125) ob diese Schlußbemerkung als ernsthafter Lösungsansatz gemeint ist, erscheint zweifelhaft, zur Kritik vgl. unten S.198

126) Ähnliches stellt Erichsen VerwArch 74 (Bd. 65) S. 222 fest

127) vgl. oben S.142

daß § 276 Abs. 2 BGB die Möglichkeit eröffnet, von einer Regel des § 276 Abs. 1 abzuweichen, und gleichzeitig diese Möglichkeit beschränkt, indem die Haftung für Vorsatz unabdingbar angeordnet wird.

Im öffentlichen Rechtsbereich, dem die öffentlichen Benutzungsverhältnisse zuzuordnen sind¹²⁸⁾, muß jedoch zumindest überprüft werden, ob nicht gleichzeitig oder zusätzlich die Normen und Grundsätze des Verfassungs- und Verwaltungsrechts die Grenzen der Haftungsfreizeichnung bestimmen. Soweit die Vertreter einer "zivilistischen" Auffassung diese Grundsätze und damit einen entscheidenden Überprüfungsmaßstab im öffentlichen Recht außer Acht lassen, sind die von ihnen angebotenen Überprüfungsmaßstäbe zumindest unvollständig. Eine gültige Lösung wird von ihnen nicht angeboten.

2. Diese Kritik trifft nicht auf diejenigen zu, die zwar auch aus dem Zivilrecht entlehnte Prüfungsmaßstäbe anlegen, jedoch zusätzlich auf öffentlich-rechtliche Aspekte abheben¹²⁹⁾. Der BGH hat in seiner bereits zitierten Entscheidung im 61. Band¹³⁰⁾ die vereinzelt genannten Kriterien zusammengetragen. Sie sollen im folgenden auf ihre

128) nach hier vertretener Ansicht vgl. oben S. 63

129) vgl. oben S. 176 m. N. in FN 91

130) BGHZ 61 S. 7 ff.

Aussagekraft für die Bestimmung der Freizeichnungsgrenzen überprüft werden.

Von den vier vom BGH genannten Kriterien für die Zulässigkeit einer Haftungsfreizeichnung fällt als das konkreteste das von ihm letztgenannte auf, wonach die Haftung für solche Schäden nicht ausgeschlossen werden dürfe, die auf "offensichtliche Mißstände in der Anstalt" zurückzuführen seien. Vergleicht man diese Formulierung mit der Definition der groben Fahrlässigkeit im Zivilrecht, die vorliegt, wenn dasjenige mißachtet wird, was zu tun jedem einleuchten muß¹³¹⁾, so ergibt sich eine signifikante Übereinstimmung. Damit wird im Ergebnis gesagt, daß die Haftung für grobe Fahrlässigkeit im öffentlichen Benutzungsverhältnis nicht ausgeschlossen werden kann. Eine Rechtfertigung für diese Eingrenzung, die über die Vorschrift des § 276 Abs. 2 BGB hinausgeht, wird weder vom BGH noch vom OVG Münster¹³²⁾, auf das sich der BGH bezieht, gegeben. Die anderen Kriterien des "Katalogs" lassen zwar aufgrund ihrer Formulierung erkennen, welche Verfassungsnormen- und Prinzipien gemeint sind¹³³⁾. Es bleibt jedoch unklar, wie diese Normen anzuwenden sind und welches Verhältnis untereinander bestehen soll¹³⁴⁾. So wird nicht näher ausgeführt, welche Gründe als sachliche Rechtfertigung für Freizeichnungen in

131) vgl. die Definition grober Fahrlässigkeit bei Palandt-Heinrichs § 277 Anm. 2

132) vgl. OVG 18 S. 163

133) vgl. oben S. 179

134) vgl. auch Erichsen aaO., der bemängelt, daß die Frage "ex aequo et bono" beantwortet werde; ebenso die Kritik bei Palder Diss. S. 93 m. Verw. auf Erichsen

Betracht kommen können. Ebenso bleibt dunkel, wie zu bestimmen ist, ob die Haftungsbeschränkung noch den Grundsätzen der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit entspricht oder als unverhältnismäßig angesehen werden muß. Ohne nähere Konkretisierung sind die genannten Grundsätze lediglich Schlagworte, die weder dem Benutzer noch der Gemeinde zuverlässiger Prüfungsmaßstab für die Verwendung von Haftungsbeschränkungen in den öffentlichen Benutzungsverhältnissen sein können.

Schließlich kann auch die Überprüfung einer Satzung darauf, ob die in ihr enthaltene Freizeichnung ~~zu~~ den "allgemeinen fürsorgerischen Aufgaben der Verwaltung" in Widerspruch steht, keine Klarheit bringen. Denn grundsätzlich steht jede Freizeichnung von der gesetzlichen Haftpflicht der Gemeinde zu der "allgemeinen Fürsorgepflicht" in Widerspruch, da die öffentlichen Einrichtungen gerade zu dem Zweck errichtet werden, Leistungen der Daseinsvorsorge (insoweit synonym mit "Fürsorge")¹³⁵⁾ für den Benutzer zu erbringen. Wenn man überhaupt diesen Gedanken nutzbar machen kann, so sollte man präziser auf die besonderen, durch die jeweilige Einrichtung erfüllten typischen Aufgaben abstellen, um das unabdingbare Entstehenmüssen der Gemeinde für existentiell notwendige Leistungen zu begründen¹³⁶⁾.

Die genannten Kriterien können somit zwar An-

135) vgl. Rüfner DÖV 73 S. 809

136) vgl. Götz JuS 71 S. 352; so auch Rüfner aaO. S. 811

haltspunkte für eine Überprüfung von Haftungsfreizeichnungen geben, sind jedoch nicht als abgesicherte und verbindliche öffentlich-rechtliche Leitlinien anzusehen. Sie sind nur Anregung für weitergehende Untersuchungen, nehmen diese - auch teilweise - aber nicht vorweg.

3. Konkreter in ihren Aussagen zur Zulässigkeit von Haftungsfreizeichnungen sind die Ausführungen von Götz und Rübner¹³⁷⁾. Beide differenzieren nach Schadensfolgen und lassen nur die Haftungsfreizeichnung für Sachschäden grundsätzlich zu. Aus welchen Gründen die Verschuldenshaftung für Gesundheitsschäden unabdingbar ist, wird nur an dem Beispiel der Wasserversorgung untersucht und aus dem Zweck dieser Einrichtung hergeleitet¹³⁸⁾. Warum in anderen Einrichtungen die Haftung für Körperschäden nicht eingeschränkt werden kann, wird nicht dargelegt. Stellt man, wie in dem Beispiel, den Zweck der Einrichtung in den Vordergrund, so läßt sich bei einer Einrichtung, die wie z. B. eine Bibliothek nur eine sachbezogene Leistung erbringt, das Verbot einer Freizeichnung für Körperschäden nicht rechtfertigen. Ob dieses Ergebnis sich damit rechtfertigen läßt, daß die Rechtsordnung allgemein das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit höher bewertet als das Eigentum, vgl. z. B. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 und Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG, bleibt zweifelhaft. Hier geht es um den

137) jeweils aaO.

138) vgl. Götz JuS 71 S. 352; Rübner DÖV 73 S. 810

Ausschluß von Schadensersatzansprüchen, die immer materiellen Charakter tragen. Das Eingriffsbjekt ist demnach immer das Eigentum, verstanden als das Vermögen als Ganzes¹³⁹⁾.

Ebenso liefert Rüfner keine Begründung für seine These, daß eine "sehr niedrige Gegenleistung des Benutzers auch einen sehr weitgehenden Haftungsausschluß rechtfertigen" könne. Tiemann¹⁴⁰⁾ versucht, diese Folge aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herzuleiten. In dieser Form und mit dem ausgedrückten Sinngehalt ist diese Rechtfertigung jedoch wenig einleuchtend.

Die Gebührenhöhe ist eine relative Größe. Sie hängt ab vom Wert der bezahlten Leistung. Eine für die Gemeinde kostspielige Einrichtung kann ihre Leistungen zu einer relativ niedrigen Gebühr anbieten und umgekehrt. Somit sagt die Gebührenhöhe allein noch nichts darüber aus, welche Relation zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Nur diese Wertrelation kann hier von Bedeutung sein, wie schon bei der Prüfung der Frage, inwieweit Art. 14 GG zu beachten sei, dargestellt wurde¹⁴¹⁾.

Festzustellen bleibt, daß trotz der differenzierteren Betrachtung die Ausführungen von Rüfner¹⁴²⁾ und Götz in dogmatischer Hinsicht nicht nachvollziehbar und damit auch nicht nutzbar zu machen sind.

139) vgl. dazu auch Palder Diss. S. 126/127

140) aaO.

141) vgl. oben S. 143 ff.

142) und in seinem Gefolge auch Schwarze JuS 74 S. 641

4. Der "Kriterien-Katalog" des BGH wird von Tiemann¹⁴³⁾ nicht nur aufgegriffen, sondern zunächst auf die Verfassungsgrundsätze der Verhältnismäßigkeit, des Willkürverbots, der Eigentumsgarantie und des Sozialstaatsgebots bezogen und auf seine Verwendbarkeit überprüft.

Wie schon dargelegt¹⁴⁴⁾, kann seine Ansicht, die Haftungsfreizeichnung greife in jedem Fall in durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtspositionen des Benutzers ein, nicht geteilt werden. Insoweit ist die Unterscheidung Palders nach unentgeltlichen und entgeltlichen Benutzungsverhältnissen vorzuziehen, wobei allerdings die Bestimmung der Grenze, an der die Geltung des Art. 14 Abs. 1 GG einsetzt, hier entsprechend den Kriterien der h. M. anders vorgenommen wird¹⁴⁵⁾.

Sowohl Tiemann¹⁴⁶⁾ als auch Palder¹⁴⁷⁾ ziehen zur Bestimmung der Freizeichnungsgrenzen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Übermaßverbot) heran. Ob dieser Grundsatz, der nach herrschender Ansicht aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet wird¹⁴⁸⁾, geeignet ist, zum Haftungsproblem konkrete und verbindliche Leitlinien zu konstituieren, bleibt zu überprüfen.

143) vgl. VerwArch 74 (Bd. 65) S. 406

144) vgl. oben S. 148

145) vgl. oben S. 144/145

146) aaO.

147) Diss. S. 117 ff., Palder hält ihn sogar für den allein befriedigenden Maßstab

148) vgl. Grabitz AöR m. w. N., insbes. zur Rspr. des BVerfG, das diese Ansicht entwickelt hat

Der Begriff wird nicht einheitlich verwendet. Das BVerfG¹⁴⁹⁾ unterscheidet zwischen Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinn (iwS), den es als Oberbegriff für die Grundsätze der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn (ieS) versteht, und Verhältnismäßigkeit ieS. Diesen Begriff kennzeichnet es auch mit den Umschreibungen "übermäßig" und "Übermaß"¹⁵⁰⁾. Um Verwechslungen zu vermeiden, will Grabitz¹⁵¹⁾ den engeren Begriff der Verhältnismäßigkeit als "Proportionalität" bezeichnen. Um die Begriffsvielfalt nicht noch zu vergrößern, soll hier der Begriffsbildung des BVerfG gefolgt werden.

Geeignetheit und Erforderlichkeit können, wie auch Palder richtig feststellt¹⁵²⁾, keinen Überprüfungsmaßstab für die Grenzen der Haftungsfreizeichnung abgeben. Freizeichnungen verfolgen den Zweck, eine Einrichtung möglichst kostengünstig zu betreiben. Zur Erfüllung dieser den Gemeinden sogar gesetzlich vorgeschriebenen Pflicht, vgl. z. B. §§ 8, 62 Abs. 2, 95 Abs. 1 GC NRW, 3 Abs. 1 ndsGO, ist dieses Mittel sowohl geeignet als auch - zumindest in gewissem Umfang - erforderlich. Denn je enger der Haftungsrahmen der

149) vgl. BVerfGE 19 S. 330, 337; 30 S. 292, 316 m. w. N. zur st. Rspr. des Gerichts

150) vgl. z. B. BVerfGE 18 S. 353, 362

151) vgl. AÖR 73 (Bd. 98) S. 575; ihm folgend Palder Diss..

152) vgl. Diss. S. 114 - 117

Gemeinde für ihre Einrichtungen gezogen ist, desto geringer ist die finanzielle Belastung durch Schadensersatzleistungen für Haftungs-fälle, die sich nie ganz vermeiden lassen. Ein Verstoß gegen die Erforderlichkeit wäre nur dann gegeben, wenn ein geringer belastendes Mittel den gleichen Erfolg herbeizuführen im-stande wäre¹⁵³⁾. Als Alternative zum Ausgleich des Verlusts durch Schadensersatzleistungen bietet sich aber lediglich eine Gebührenerhöhung oder die Liquidation einer bestehenden Einrichtung bzw. Nicht-Errichtung geplanter Einrichtungen an. Sowohl den einzelnen als auch die Gesamtheit der potentiellen Benutzer würde die zweite Alternative insgesamt nicht weniger fühlbar belasten¹⁵⁴⁾.

153) vgl. zu diesem Inhalt des Prinzips Grabitz AÖR (Bd. 98) S. 573, 574

154) Zuverlässige Zahlen über die ohne Haftungs-freizeichnung zu erbringenden Schadensersatz-leistungen der Gemeinden liegen nicht vor. Die Erhebungen zum Finanzvolumen der Staats-haftung im Haushaltsjahr 1972, die in den RefE zum Staatshaftungsrecht wiedergegeben sind, vgl. S 61 - 63, klammern den Bereich der Gemeinden aus. Die dort genannten Zah-len zu den anderen Bereichen sind nicht auf den gemeindlichen Bereich zu übertragen. Abgesehen davon läßt sich wegen der in der Praxis benutzten Freizeichnungen auch gar nicht ermitteln, wieviel von allen leicht fahrlässig verursachten Schäden erst gar nicht geltend gemacht werden. Deshalb ist auch die Behauptung von Bullinger, DÖV 77 S. 821 mit FN 55, die immer wieder aufge-stellte These, die volle Schadensersatz-pflicht erhöhe die Kostenlast so sehr, daß untragbare Gebühren die Folge wären, dürfe sich nach der zitierten Rechtssprechung "kaum noch ernsthaft vertreten lassen", durch nichts gestützt. Viel mehr spricht dafür, daß ein weiterer Haftungsrahmen erfahrungs-gemäß auch eine höhere Kostenbelastung zur Folge hat.

Bei der Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes oder Übermaßverbots als Synonym¹⁵⁵⁾ ist zunächst zu fragen, ob er als "Determinante jeglichen staatlichen Handelns"¹⁵⁶⁾ nur im grundrechtlich geschützten Regelungsbereich¹⁵⁷⁾ oder nur bei Eingriffen in Grundrechte, nicht aber bei deren Inhaltsbestimmung¹⁵⁸⁾ anwendbar ist.

Zutreffend ist die herrschende Ansicht, nach der das Übermaßverbot nicht nur Geltung im grundrechtsregelnden Bereich, sondern für das Verwaltungsrecht allgemein beanspruchen kann. Dies folgt schon daraus, daß dieser Grundsatz aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzips abzuleiten ist¹⁵⁹⁾, dieses Prinzip aber das gesamte staatliche Handeln bindet und nicht auf den grundrechtsrelevanten Bereich beschränkt

155) Soweit Lerche, S. 21, das "Mehr-als-Erforderliche als auch das Unverhältnismäßige" als "Übermaß" bezeichnet und somit das Übermaßverbot als Oberbegriff für Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit ansieht, hat dies für den hier benutzten Begriffsinhalt keine Bedeutung.; es handelt sich lediglich um terminologische Streitpunkte, dies stellt auch Grabitz AÖR 73 (Bd. 98) S. 571 fest

156) vgl. BVerwGE 23 S. 127, 133 m. w. N. zur Rspr. des Gerichts; vgl. auch Bender Rdnr. 259 und passim; Erichsen VerwArch 74 (Bd65) S. 223; Forsthoff S. 70; Grabitz AÖR 73 (Bd. 98) S. 570 u. S. 612; Tiemann VerwArch 74 (Bd. 65) S. 408

157) so Palder Diss. S. 122/123

158) so Lerche S. 134 ff.

159) so klar und eindeutig BVerfGE 20 S. 45, 49 ff.; vgl. auch Grabitz aaO. S. 584, 585 in FN 87 m. w. N. zur Rspr. des BVerfG u. eigener überzeugender Begründung; vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 465, der dem Grundsatz sogar im Vertragsrecht Bedeutung beimißt

bleibt. Palder¹⁶⁰⁾ irrt, wenn er meint, diese Ansicht entspreche nicht der Rechtssprechung des BVerfG. Das Gegenteil hat Grabitz¹⁶¹⁾ überzeugend nachgewiesen. Eine einleuchtende Begründung über eine Beschränkung dieses Grundsatzes auf einen Teilbereich der Verfassung läßt sich auch nicht finden, wird auch von Palder nicht gegeben. Auch die Differenzierung Lerches in Bereiche der Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriffe kann deshalb nicht nachvollzogen werden¹⁶²⁾.

Das Übermaßverbot gilt somit grundsätzlich auch dann, wenn in Art. 14 Abs. 1 GG nicht eingegriffen wird, mithin nach hier vertretener Ansicht auch bei Bestimmung der Freizeichnungsgrenzen in den unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen¹⁶³⁾. Zu fragen bleibt, ob es so konkrete Schlußfolgerungen zuläßt, wie sie Tiemann und vor allem Palder¹⁶⁴⁾ in bezug auf die Verschuldensmaßstäbe ziehen wollen.

Dazu muß zunächst die Frage nach der rechtlichen Struktur dieses Grundsatzes geklärt werden. Nur dann, wenn ihm "unmittelbarer Rechtsatzcharakter" zukommt, kann man durch "Umlage des Übermaßverbots auf eine bestimmte Materie" ... "Einzelsergebnisse erzielen, ohne daß es regelmäßig einer Zwischenschaltung selbständig konkretisierender Gesetze bedürfte."¹⁶⁵⁾ Dabei

160) aaO.

161) vgl. Grabitz aaO.

162) gegen Lerche auch Palder Diss. S. 129

163) entgegen Palder Diss. S. 128, der konsequent die im Übermaßverbot die Geltung im nicht grundrechtlich geschützten Bereich versagt; wie hier auch Tiemann BayVB1 74 S. 61 u. VerwArch 74 (Bd. 65) S. 410

164) beschränkt auf die entgeltlichen Benutzungsverhältnisse, vgl. Diss. S. 129 - 132

165) so in der Tat Lerche S. 316

ist jedoch zu berücksichtigen, daß Lerche als Vertreter dieser Ansicht einen anderen Begriff des Übermaßverbots vertritt und darunter neben dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ieS auch den der Erforderlichkeit faßt. Dort, wo eine Regelung auf ihre Erforderlichkeit überprüft wird, also aus dem Vergleich mehrerer Mittel zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks in bezug auf gleiche Wirksamkeit das mildeste Mittel ausgewählt werden kann, mag die Ansicht Lerches zutreffen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz schreibt aber vor, daß Mittel und Zweck einer Regelung "nicht außer Verhältnis" zueinander stehen dürfen¹⁶⁶⁾, ist also nicht an einem Fixpunkt wie gleicher Wirksamkeit ausgerichtet. Vielmehr sind eingesetztes Mittel und angestrebter Zweck in ihrer Bedeutung gegeneinander abzuwägen¹⁶⁷⁾. Bei diesem Vorgang sind als "Richtpunkte" die Intensität des Eingriffs, Gewicht und Dringlichkeit der Interessen des Gemeinwohls und die (auch grundrechtlich) geschützten Individualinteressen zu beachten¹⁶⁸⁾. Daraus wird deutlich, daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz keinen Normcharakter aufweist, sondern als verfassungsrechtlicher Leitgedanke fungiert, mithin als "offenes Prinzip" anzusehen

166) vgl. BVerfGE 28 S. 264, 280 m. w. N.

167) vgl. Grabitz AÖR 73 (Bd. 98) S. 575

168) vgl. Grabitz aaO. S. 581; das BVerfG faßt diese Gedanken in den von Grabitz als "Maxime" verstandenen und zitierten Satz zusammen: "Je mehr der Eingriff elementarer Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit berührt, umso sorgfältiger müssen die zu seiner Rechtfertigung vorgebrachten Gründe gegen den grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Bürgers abgewogen werden.", vgl. BVerfGE 17 S. 306, 313 ff.; 20 S. 150, 159

ist, das der Konkretisierung durch Gesetzesnorm oder richterliche Methoden der Rechtsfortbildung bedarf, um als positives Recht verbindlich sein zu können¹⁶⁹⁾. Damit wird nicht der unmittelbare Verfassungsrang¹⁷⁰⁾ des Prinzips bestritten. Er stellt unabdingbar geltendes Verfassungsrecht dar¹⁷¹⁾. Es muß aber noch eine zusätzliche Wertung hinzukommen, um diesen Grundsatz auszufüllen und konkret handhabbar zu machen^{171a)}.

Hier geht es um den Konflikt zwischen den Interessen der geschädigten Benutzer an umfassendem Schadenersatz und vordergründig um das Interesse der Gemeinde, die Einrichtung so kostengünstig wie möglich zu betreiben. Einnahmen und die durch mögliche Haftungsfreizeichnung ersparten Ausgaben werden jedoch in Form von Investitionen in neue oder bestehende Einrichtungen verwendet, so daß hinter dem Interesse der Gemeinde und ihrer Einrichtungen das der Allgemeinheit an - u. a. durch Freizeichnung möglichen - niedrigen Gebühren^{171b)} und möglichst vielfältigem Leistungsangebot der kommunalen öffentlichen Einrichtungen sichtbar wird.

169) vgl. Grabitz aaO. S. 582/583; Larenz, Methodenlehre, S. 465, der sich, ebenso wie Grabitz, S. 583 FN 82, gegen Lerche S. 316 wendet

170) dies ist st. Rspr. des BVerfG, vgl. BVerfGE 23 S. 127, 133 m. w. N.

171) darauf weist auch Grabitz AÖR 73 S. 584 hin

171a) vgl. Larenz aaO.

171b) vgl. z. B. das Argument des OVG Münster in OVGE 18 S. 153 ff.

Bevor nun zur Lösung dieses Konflikts auf allgemeine Leitgedanken der Verfassung zurückgegriffen und eine wegen der Offenheit des Prinzips nicht zu vermeidende Bewertung nach eigenen Maßstäben vorgenommen wird¹⁷²⁾, sind die Wertungen, die der Gesetzgeber in ähnlichen Fällen als verbindlich angesehen hat, zu berücksichtigen. Diese konkreten gesetzlichen Regelungen mögen dann noch einmal im Lichte der Verfassungsgrundsätze überprüft und gegebenenfalls korrigiert oder ergänzt werden. Die Haftungsfreizeichnungen in untergesetzlichen Normen sind demnach zunächst an den Regelungen der nächsthöheren Normschicht, also bei nicht-satzungsförmigen Regelungen an der Satzung, bei satzungsförmigen an formellem Gesetz, die die nächste Stufe des Abstraktheitsgrades aufweisen, zu messen. Genügen diese Gesetze wiederum der ihnen übergeordneten Verfassung, so folgt daraus zwingend die Gültigkeit der bereits dem formellen Gesetz genügenden untergesetzlichen Norm. Widerspricht diese dem formellen Gesetz, so ist sie schon aus diesem Grunde rechtswidrig und unwirksam. Eine weitere verfassungsrechtliche Überprüfung wäre überflüssig.

Da Palder diesen Zwischenschritt nicht vollzieht, kann seinen Ausführungen schon im Ansatz nicht gefolgt werden.

Tiemann nimmt zwar einen differenzierten Standpunkt ein, indem er aber neben den bereits zi-

172) dies räumt Palder Diss. S. 130 auch ein:
"Dies ist letzten Endes eine Wertungsfrage,
die nicht die Stringenz axiomatischer De-
duktion für sich beanspruchen kann."

tierten öffentlich-rechtlichen Grundsätzen auf die parallele Interessen- und Risikobewertung des Zivilrechts abhebt, unterscheidet er sich nicht von dem Ansatz Palders. Die eigentliche Grenzziehung für haftungsfreizeichnende Satzungen entnimmt er dem Verfassungsrecht. Die Interessenbewertung des Zivilrechts im Hinblick auf Freizeichnungsklauseln in AGB führt er nur zur Stützung seines vorher ermittelten Ergebnisses an¹⁷³⁾. Im Mittelpunkt seiner Erwägungen steht das Prinzip der Verhältnismäßigkeit¹⁷⁴⁾, aus dem er seine an der jeweiligen Interessenstruktur und der dementsprechenden Risikoverteilung in den typologisch aufgegliederten Benutzungsverhältnissen differenzierte Lösung ableiten will¹⁷⁵⁾. Über die Kritik Erichsens¹⁷⁶⁾ hinausgehend, muß daher festgestellt werden, daß nicht nur das Sozialstaatsprinzip, sondern auch die anderen "offenen" Prinzipien, insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, als "unbefragtes normatives Mäntelchen für typologisch orientierten Dezisionismus strapaziert werden."

Soweit Erichsen selbst in Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG eine normative Legitimation für die Lösung des Interessenkonflikts gefunden zu haben glaubt, ist dies ebenfalls ein Trugschluß. Sein Gedanke kann allenfalls im Anwendungsfeld des Grundrechts auf der zweiten Stufe nutzbar gemacht werden¹⁷⁷⁾.

173) vgl. VerwArch 74 (Bd. 65) S. 409

174) aaO. S. 411

175) aaO. S. 412 ff.

176) vgl. VerwArch 74 (Bd. 65) S. 224

177) vgl. unten S. 217 ff.

III. Eigener Lösungsvorschlag

Bei der kritischen Sichtung der bisherigen Lösungsversuche wurde bereits der Ausgangspunkt des im folgenden noch näher auszuführenden Lösungsweges deutlich: das Prinzip des Vorrangs des Gesetzes. Eine erste Anwendung dieses Grundsatzes erfolgte bereits bei der Erörterung, ob gemeindliche Rechtsnormen überhaupt die gesetzlichen Haftungstatbestände einschränken können¹⁷⁸⁾. Auch bei der Bestimmung der Grenzen dieser grundsätzlichen Möglichkeit sind alle in Betracht kommenden Gesetze heranzuziehen und darauf zu untersuchen, ob sie auf die gemeindlichen öffentlichen Benutzungsverhältnisse anwendbar sind und welchen Regelungsrahmen sie abstecken. Erst danach sind Verfassungsgrundsätze und Normen heranzuziehen.

Die Lösung soll zunächst an den Schadensersatzansprüchen aus schuldrechtsähnlicher Sonderverbindung entwickelt werden. Die Lösung ist dann auf die anderen Anspruchsgrundlagen zu übertragen und dabei gleichzeitig zu überprüfen.

1. Eine erste Eingrenzung ergibt sich in bezug auf diese Ansprüche aus § 276 Abs. 2 BGB. Da über die bereits genannten Gesetze hinaus im öffentlich-rechtlichen Bereich keine weiteren vorhanden sind, die eine konkrete Regelung der Frei-

178) vgl. oben S. 141 ff., insbes. S. 155 u.
158/159

zeichnungsgrenzen enthalten, kommt als Gesetz mit entsprechendem Regelungsinhalt nur das AGB-Gesetz in Betracht.

- a) Bei den Vorschriften des AGBG handelt es sich nicht um öffentlich-rechtliche, sondern um zivilrechtliche Normen. Der Regelungsschwerpunkt bezieht sich eindeutig auf die Gültigkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen in zivilrechtlichen Verträgen zwischen Zivilpersonen. Es enthält allerdings auch Normen, z. B. §§ 23 Abs. 2 Ziff. 2 und 3, 26 bis 28 AGBG, die darauf schließen lassen, daß es zumindest für die in diesen Vorschriften genannten Bereiche, wenn auch modifiziert, gelten soll. So ist wohl unstreitig, daß in den Bereichen, in denen die öffentliche Hand privatrechtliche Verträge abschließt und dabei allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, an die Vorschriften dieses Gesetzes gebunden ist¹⁷⁹⁾. Ob dies allerdings auch für öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse gelten kann, ist umstritten.

- aa) Eindeutig verneint wird diese Frage von Heinrichs¹⁸⁰⁾. Nach seiner Ansicht können dort, wo die Rechtsbeziehungen durch Rechtsnormen,

179) bislang unstreitige Ansicht: vgl. Palandt-Heinrichs Vorbem. v. § 8 AGBG Anm. 2 c, allerdings sehr unklar; eindeutig Stober DÖV 77 S. 399

180) vgl. Palandt-Heinrichs Einf. v. § 1 AGBG Anm. 3 d bb, § 1 AGBG Anm. 1 u. Vorbem. v. § 8 Anm. 2c; Schmidt-Salzer AGB Rdnr. B 6

also Gesetze, Rechtsverordnungen oder Satzungen geregelt sind, schon begrifflich keine AGB vorliegen. Die für das öffentliche Rechtsverhältnis maßgebenden Bedingungen sollen aber nach seiner Ansicht den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit genügen¹⁸¹⁾.

- bb) Stober¹⁸²⁾ nimmt dazu einen anderen Standpunkt ein. Er will nicht zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Regelung, sondern vertraglicher und nicht-vertraglicher differenzieren. Zur Begründung seiner Ansicht verweist er auf den Wortlaut des § 1 AGBG und des § 54 VwVfG. Auch § 23 AGBG sehe keine Ausnahme für öffentlich-rechtliche allgemeine Geschäftsbedingungen vor. Die Ausdehnung des AGBG auf solche öffentlich-rechtlichen Verträge entspreche auch dem Kernanliegen des Gesetzgebers. Der Endverbraucher sei unabhängig von der Wahl der Rechtsform schutzbedürftig, weil in vielen Fällen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Vertrag völlig funktionsgleich seien.

Allerdings ist auch er der Auffassung, daß § 1 AGBG insoweit keinen Zweifel offen lasse, daß nur vertragliche Abmachungen erfaßt würden, nicht aber einseitig auferlegte Rechtsvorschriften, also nicht Rechtsverordnungen und Satzungen¹⁸³⁾. Hier könne nur die Erwartung ausge-

181) vgl. Vorbem. v. § 8 Anm. 2 c); ders. Ansicht Dietlein-Rebmann § 1 AGBG Anm. 4

182) vgl. DÖV 77 S. 400; so wohl auch Ulmer-Brandner-Hensen § 1 AGBG Rdnr. 34

183) vgl. aaO. S. 400/401

sprochen werden, daß sich die öffentliche Hand in den restlichen Bereichen, die nicht in § 23 Abs. 2 Ziff. 2 und 3, 26, 27 AGBG besonders behandelt sind, "die Regelungsgehalte des AGBG zu eigen" mache¹⁸⁴⁾.

- cc) Beide Ansichten gehen davon aus, daß das AGBG dort nicht anwendbar sei, wo nicht AGB, sondern Rechtsnormen verwendet werden. Stober will nur in solchen öffentlich-rechtlichen Verhältnissen, die "vertraglich ausgestaltet" sind, das AGBG gelten lassen. Er geht also offensichtlich davon aus, daß es öffentlich-rechtliche "AGB" gibt, ohne jedoch zu untersuchen, auf welcher Grundlage diese Bedingungen erlassen werden können und welchen Rechtscharakter sie haben. Beide Probleme wurden bereits im zweiten Kapitel dieser Arbeit erörtert und dahin entschieden, daß Benutzungsbedingungen der Funktion nach AGB ihrem Rechtscharakter nach entweder satzungsförmige oder nicht-satzungsförmige Rechtsnormen sind. Auf andere Weise kann der öffentlich-rechtliche Vertrag mit allgemeinen Bedingungen jedenfalls nicht ausgestaltet werden. Die Auseinandersetzung mit beiden Ansichten lohnt daher wegen der unterschiedlichen Prämissen nicht. Vielmehr ist auf folgendes hinzuweisen:

Das AGBG hat u. a. den relativ weit gesteckten Haftungsrahmen des § 276 Abs. 2 BGB, der vom BGB-Gesetzgeber unter der Prämisse individueller

184) vgl. aaO. S. 401 m. w. N. in FN 39

Gestaltung der Rechtsbeziehungen eröffnet wurde, deshalb eingeschränkt, weil in vielen Rechtsbereichen des Zivilrechts seit langem die Vertragsbedingungen nicht mehr einzeln ausgehandelt, sondern vom Verwender von AGB einseitig unter Ausnutzung seiner wirtschaftlichen Machtposition zu seinen Gunsten formuliert und zum Vertragsinhalt gemacht wurden. Um den einseitigen Gestaltungsverlust auf Seiten der "anderen Vertragsparteien", vgl. § 1 Abs. 1 AGBG, auszugleichen, mußten auch auf Seiten des Verwenders die Gestaltungsmöglichkeiten eingeschränkt werden¹⁸⁵⁾. Es ist nicht zu verkennen, daß auch die öffentlichen Unternehmen, also auch öffentliche Einrichtungen der Gemeinden, in vielen Bereichen wie private Unternehmer mit ähnlicher Wirtschaftsmacht auftreten und, wie Heinrichs richtig feststellt¹⁸⁶⁾, bei der Benutzung von AGB den "sonstigen Klauselverwendern in der mißbräuchlichen Überwälzung von Risiken" in nichts nachstehen. Dies war dem Gesetzgeber auch bekannt. Betrachtet man nun den Wortlaut des § 1 AGBG, so ist kein Grund ersichtlich, die öffentlich-rechtlichen Verträge von den Beschränkungen des Gesetzes auszunehmen, soweit in ihnen ebenfalls "AGBG" gelten sollen. Es ist zwar richtig, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht im

185) vgl. dazu auch Schmidt-Salzer AGB S. 8; Ulmer-Brandner-Hensen Einf., Rdnr. 6 u. 7, meint, die Funktion der Vertragsfreiheit sei durch Verwendung von AGB empfindlich gestört

186) vgl. auch Palandt-Heinrichs § 1 AGB, Vorbem. v. § 8 Anm. 2 c, H. meint, daß die öffentliche Hand den "sonstigen Klauselverwendern in der mißbräuchlichen Überwälzung von Risiken in nichts nachsteht"; dies wird auch durch die oben zitierte Regelung deutlich

öffentlichen Recht gilt, wie oben dargelegt, und insofern ein wesentlicher Unterschied zum Zivilrecht gegeben ist. Der Sinn und Zweck des Gesetzes, Mißbräuche der Vertragsfreiheit durch ihre einseitige Ausnutzung zu verhindern, trifft aber auch auf die öffentlich-rechtlichen Verträge, soweit sie mit denen des Zivilrechts vergleichbar sind, zu.

Man muß jedoch zunächst feststellen, daß der Wortlaut der Vorschrift des § 1 Abs. 1 AGBG eindeutig ist. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach herrschender Ansicht keine Rechtsnormen¹⁸⁷⁾. Dies muß dann auch umgekehrt gelten, so daß Satzungen von ihrer Begriffsbestimmung her keine AGB sein können und insofern nicht vom Wortlaut dieser Vorschrift erfaßt werden. Danach ist das AGB-Gesetz nicht unmittelbar anwendbar.

Man darf jedoch nicht außer Acht lassen, daß inhaltlich in Satzungen dieselben Regelungen anzutreffen sind wie in auch von einer Gemeinde aufgestellten AGB. Beide Regelungsarten sind demnach in gewisser Hinsicht austauschbar. So will die hier abgelehnte h. M. die Frage, ob das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich ausgestaltet wurde, u. a. daran überprüfen, ob die allgemeinen Benutzungsbedingungen in Satzungsform oder wie AGB erlassen wurden. Auch daraus ergibt sich, daß

187) vgl. Palandt-Heinrichs § 1 AGB Anm. 1; zum Rechtszustand vor Erlass des AGBG vgl. BGHZ 17 S. 2 u. Palandt-Heinrichs, 35. Auflage, Einf. v. § 145 (BGB) Anm. 6 A c

zwischen AGB und gemeindlichen Benutzungsbedingungen Funktionsidentität besteht. Diese Beobachtung legt es nahe, die Vorschriften des AGBG auch auf untergesetzliche Rechtsnormen zu beziehen, soweit sie in zivilrechtlichen Vertragsverhältnissen vergleichbaren öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen Verwendung finden.

Wie schon angedeutet, sind gemeindliche Benutzungsbedingungen und AGB zu unterscheiden. Demnach läßt sich die Anwendbarkeit des AGBG auf Benutzungsbedingungen nicht durch Auslegung erreichen, da diese Methode ihre Grenze im Bereich des möglichen Wortsinns findet¹⁸⁸⁾ und diese gemeindlichen Rechtsnormen auch nicht dem Wortsinn nach "allgemeine Geschäftsbedingungen" sind.

Die für Haftungsklauseln hier maßgeblichen Vorschriften der §§ 9, 11 Ziff. 7 AGBG könnten jedoch im Wege der Analogie auf Satzungen angewendet werden, die ähnliche Funktion in ähnlichen Verhältnissen übernehmen wie AGB im Zivilrecht, wie ebenfalls schon ausgeführt. Die analoge Anwendung setzt jedoch voraus, daß ein einzelnes Gesetz oder eine Gesamtkodifikation "eine Regel vermissen läßt, die eine Frage betrifft, die nicht dem 'rechtsfreien Raum'

188) vgl. zur Auslegung als Methode: Larenz, Methodenlehre, S. 309

überlassen ist"¹⁸⁹⁾, wenn also eine "planwidrige Unvollständigkeit" und damit eine Gesetzeslücke¹⁸⁹⁾ vorliegt. Anschließend ist zu prüfen, ob die rechtsnormhaften Benutzungsordnungen "gerade in den für die rechtliche Bewertung maßgebenden Hinsichten" mit den AGB in zivilrechtlichen Verträgen übereinstimmen¹⁹⁰⁾.

Im AGBG fehlt sowohl eine Bestimmung, die sich auf gemeindliche Satzungen bezieht, soweit sie die Funktion von AGB haben, als auch eine Vorschrift, die die schuldrechtsähnlichen Rechts-

189) vgl. Larenz aaO. S. 356; dort auch zur Problematik dieses Begriffs; Larenz wendet sich zu Recht gegen den Begriff "Rechtslücke" (S. 361), da es darum geht, eine "planwidrige Unvollständigkeit" zu beseitigen, denn ein bestimmter Regelungsplan läßt sich nur in einem Gesetz erkennen, nicht in der Rechtsordnung insgesamt; vgl. auf S. 362/363 zur Unterscheidung zwischen "offenen" und "verdeckten" Lücken, nachträglichen und ursprünglichen, der hier aber nicht weiter nachgegangen werden soll, da es sich hier eindeutig um eine "offene" Lücke handelt, es wird Erweiterung, nicht Einschränkung der gesetzlichen Vorschrift zu begründen versucht; Stober DÖV 77 S. 401 a. E. deutet ebenfalls die Möglichkeit der Analogie für dieses Tatbestände an, ohne darauf jedoch näher einzugehen oder diese Möglichkeit abzusichern

190) vgl. Larenz aaO. S. 366

verhältnisse des öffentlichen Rechts betrifft mit Ausnahme der in den §§ 23 Abs. 2 Ziff. 2 und 3, 26 bis 28 AGBG Sonderregeln unterworfenen öffentlichen Versorgungsverhältnisse (Strom, Gas, Wasser, Fernwärme) und der öffentlichen Personenbeförderungsverträge. Diese Bereiche haben insoweit eine Ausnahmeregelung erfahren, als für sie die Klauselverbote der §§ 10 und 11 ganz oder teilweise nicht gelten sollen und im übrigen die Exekutive ermächtigt wird, für diese Bereiche Rechtsverordnungen zu erlassen, die jedoch im Ergebnis sicherstellen müssen, daß die Grundgedanken des AGBG berücksichtigt werden¹⁹¹⁾. Welche Folgen daraus für die Haftungsfreizeichnung in diesen Verhältnissen abzuleiten sind, soll erst später untersucht werden.¹⁹²⁾ Zunächst ist zu fragen, ob die Nicht-Regelung der übrigen Benutzungsverhältnisse und die daraus resultierende Unvollständigkeit dem Plan des AGBG entspricht oder nicht. Nur im letzten Fall kommt eine analoge Anwendung in Betracht.

Es ist nicht zu verkennen, daß der Gesetzgeber des AGBG die Problematik der öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisse in den von ihm ausdrücklich genannten Bereichen berücksichtigen wollte. Dies läßt sich aus § 27 Satz 3 AGBG und aus dem durch § 26 Ziff. 3 AGBG neu gestalteten § 7 Abs. 2 Satz 3 EnWiG eindeutig entnehmen. Die anderen öffentlichen Einrichtungsgebiete sind demnach nicht in den Regelungs-

191) vgl. Amtliche Begründung des AGBG BT-Drucks. 7/3919 S. 44, zitiert bei Ulmer-Brandner-Hensen § 26 Rdnr. 1

192) vgl. unten S. 213/214

zusammenhang des Gesetzes mit aufgenommen worden.

Dies kann einmal bedeuten, daß der Regelungsinhalt des Gesetzes auf die nicht erwähnten Bereiche überhaupt keinen Einfluß nehmen sollte. In diesem Sinne sind einige der bisherigen Stellungnahmen in der Literatur¹⁹³⁾ zu interpretieren, wenn darauf hingewiesen wird, daß Rechtsnormen an den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit, also an anderen Maßstäben, zu überprüfen seien. Wollte man dieser Ansicht folgen, müßte man feststellen, daß der Gesetzgeber keine eigene Bewertung des hier zu lösenden Interessenkonflikts vorgenommen hat, sondern dies weiterhin der Verwaltung überlassen wollte. Von einer Lücke als "planwidriger Unvollständigkeit" könnte dann keine Rede sein.

Es kann jedoch nicht geleugnet werden, daß in den Klauselverböten, insbesondere in § 11 Ziff. 7 AGBG, aber auch in der Generalklausel des § 9 AGBG eine eindeutige Bewertung des Gesetzgebers bei einer bestimmten Interessenkollision erfolgt ist. Das damit zum Ausdruck gekommene Ziel des Gesetzes, Mißbräuche der Gestaltungsfreiheit durch ihre einseitige Ausnutzung zu verhindern, läßt sich von der Natur der Sache her nicht auf Tatbestände des Zivilrechts beschränken. Auch im öffentlich-rechtlichen Bereich, soweit er im Ergebnis wegen der weitgehenden Anwendung zivilrechtlicher Normen

193) vgl. Stober DÖV 77 S. 401; ebenso Dietlein-Rebmann § 1 Erl. 4; Palandt-Heinrichs Einf. v. § 8 AGBG Anm. 2

denselben Rechtsregeln gehorcht, läßt sich ein ebensolcher Mißbrauch feststellen¹⁹⁴⁾. Die gemeindliche Gestaltungsfreiheit ist durchaus in diesem Bereich mit der Vertragsfreiheit zu vergleichen, wenn auch nicht identisch. Auch sie gilt es nach denselben Grundsätzen zu beschränken. Die Stellung des Benutzers vieler öffentlicher Einrichtungen unterscheidet sich nur unwesentlich von der eines Verbrauchers im sonstigen Wirtschaftsverkehr. Auch dessen Schutz ist durch das AGBG beabsichtigt¹⁹⁵⁾. Daß der Gesetzgeber in diesem Bereich auf halbem Wege stehenbehalten ist, wird durch die Sonderregelung der Bereichsausnahmen nicht widerlegt, sondern eher noch gestützt. Selbst in diesen Bereichen, die in gewisser Hinsicht eine Privilegierung erfahren haben, kommt durch die Formulierung: "... Hierbei sind die beiderseitigen Interessen angemessen zu berücksichtigen.", vgl. § 26 Ziff. 3, § 27 Satz 2 AGBG, zum Ausdruck, daß, wie auch schon in der Amtlichen Begründung ausgeführt, die Grundgedanken des Gesetzes zu beachten sind. Wegen der Besonderheiten der Leistungsgewährung (Berücksichtigung der Leistungsgebundenheit sowie des Erfordernisses einer ausreichenden, sicheren und preiswürdigen Versorgung)¹⁹⁶⁾ sind die Einzelheiten der gesetzlichen Regelung, insbesondere mit den absoluten Klauselverböten des § 11 AGBG nicht anzuwenden.

194) vgl. Schmidt-Salzer Rdnr. F 249

195) darauf weist auch Stober DÖV 77 S. 400 hin

196) vgl. noch einmal Amtliche Begründung des § 14 Regierungsentwurf zum AGBG, BT-Drucks. 7/3919 S. 44, abgedruckt bei Ulmer-Brandner-Hensen aaO.

Aus der Regelung des § 28 Abs. 3 AGBG folgt sogar, daß auch in öffentlich-rechtlichem Bereich, der schon wegen des Anschluß- und Benutzungszwangs bei der Wasserversorgung, vgl. §§ 8 Ziff. 2 ndsGO, 19 GO NRW, satzungsmäßige Regelungen kennt, das Gesetz anwendbar sein soll, wenn nicht bis zum 1. 4. 1980 der Verordnungsgeber von der Ermächtigung Gebrauch gemacht hat. Daraus folgt, daß es nicht systemwidrig ist, die Wertungen des AGBG auch für diesen Bereich nutzbar zu machen. Wenn aber das Gesetz die "privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisse" in bezug auf die darin verwendeten AGB unstreitig insgesamt einbezogen hat, so besteht aus dem teleologischen Zusammenhang des Gesetzes kein Grund, die nicht mitgeregelten öffentlich-rechtlichen Sachverhalte einzubeziehen. Dazu gehören nach hier vertretener Ansicht alle öffentlichen Benutzungsverhältnisse. Die Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung kann daher nur als planwidrig bezeichnet werden.

Die analoge Anwendung der für die Haftungs- freizeichnungen maßgeblichen Vorschriften der § 11 Ziff. 7, § 9 AGBG setzt aber weiter voraus, daß die durch Benutzungsbedingungen geregelten Sachverhalte in den für die rechtliche Bewertung wesentlichen Gesichtspunkten denen durch AGB geregelten so ähnlich sind, daß eine entsprechende Anwendung gerechtfertigt wäre¹⁹⁷⁾.

197) vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, S. 366

Im Laufe der Untersuchung ist schon deutlich geworden, daß in manchen Bereichen AGB und Satzung so ähnlich sind, daß sie nur durch die Art ihres Zustandekommens identifiziert werden können^{197a)}.

Bei der Untersuchung von AGB und allgemeinen Benutzungsbedingungen in Rechtssatzform muß zunächst festgestellt werden, daß AGB im Zivilrecht nur dort verwendet werden, wo ein wirtschaftlicher Leistungsaustausch stattfindet. Als Korrelat seiner Geldleistung soll der Kunde eines AGB-verwendenden Unternehmens nicht das Rudiment einer nach den grundlegenden Rechtsnormen des Zivilrechts geschuldeten Gegenleistung erhalten, sondern ein "angemessenes" Äquivalent. Diese Angemessenheit soll in der Beschränkung der Gestaltungsfreiheit des Verwenders in den zitierten Vorschriften des Gesetzes, bezogen auf die Haftungsregelung, konkretisiert werden.

Untersucht man die Funktion der Benutzungsbedingungen in öffentlichen Benutzungsverhältnissen, so wird deutlich, daß eine Unterscheidung erforderlich wird.

Ein äquivalenter Leistungsaustausch findet nur bei den entgeltlichen Benutzungsverhältnissen statt. Hier läßt sich ohne weiteres das zum Charakter und zur Funktion der AGB Ausgeführte übertragen.

Dagegen ist der bei der Interessenbewertung des

197a) vgl. oben S. 47 , die h. M. will danach, ob Satzung oder AGB sogar die Rechtsnatur des Verhältnisses insgesamt bestimmen, setzt also bereits das voraus, was schließlich abgeleitet werden soll

Gesetzes zugrundeliegende Sachverhalt in den "wesentlichen Hinsichten" bei den unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen nicht rechtsähnlich. Bei diesen erbringt der Benutzer nämlich keine Gegenleistung, die es rechtfertigen könnte, ihn dem Verbraucher im Wirtschaftsverkehr gleichzusetzen. Im übrigen ist hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit des Benutzers, dem unentgeltlich Leistungen gewährt werden, auf das hinzuweisen, was bereits zur Geltung des Art. 14 Abs. 1 GG ausgeführt wurde¹⁹⁸⁾.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, daß die Vorschriften des AGBG auf die Benutzungsbedingungen, die in entgeltlichen Benutzungsverhältnissen verwendet werden, entsprechend anwendbar sind, soweit sie die Verwendung haftungsfreizeichnender Klauseln betreffen. Das AGBG enthält, insbesondere in den hier einschlägigen Normen der §§ 11 Ziff. 7 und in 9 als Generalklausel, für die Bestimmung der Freizeichnungsgrenzen in öffentlichen Benutzungsverhältnissen verbindliche Wertungen¹⁹⁹⁾. Die weitere

198) vgl. oben S. 149

199) vgl. die Amtliche Begründung des Regierungsentwurfs, abgedruckt aaO., in dem festgestellt wird, daß sogar die im Gesetz als Ausnahmen behandelten Energieversorungsverhältnisse den Grundgedanken des Gesetzes genügen müssen u. nur die Berücksichtigung der Leitungsgebundenheit "sowie des Erfordernisses der ausreichenden, sicheren u. preiswürdigen Versorgung" Ausnahmen gebieten; vgl. auch Tiemann VerwArch 74 (Bd. 65) S. 402 FN 96 u. S. 409, der ebenfalls die Grundsätze der AGB-Rspr., wenn auch nicht differenziert u. im Wege analoger Anwendung, auf die öffentlich-rechtlichen Interessenstrukturen übertragen will

Untersuchung muß daher zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen unterscheiden.

Die unentgeltlichen Benutzungsverhältnisse sind nicht am AGBG zu überprüfen. Da andere zivilrechtliche Gesetze nicht in Betracht kommen, kann die Bestimmung der Freizeichnungsgrenzen nur noch aus der Verfassung entnommen werden.

Zu beantworten bleibt schließlich noch die Frage, inwieweit nach den oben zitierten Vorschriften des AGBG die Versorgungsverhältnisse, die zu den entgeltlichen Benutzungsverhältnissen gehören, den Regeln des AGBG insbesondere in § 11 unterliegen.

Eine Besonderheit liegt darin begründet, daß in diesem Bereich durch Verwendung der AVB die Rechtsverordnungen sind, bereits Regelungen bestehen, die mehrfach von der Rechtssprechung überprüft wurden und bei restriktiver Auslegung auch als zulässig anerkannt sind. So schließen sie die Haftung für "typische Betriebsgefahren" aus, lassen aber die sonstige Haftung zumindest nach h. M. unberührt²⁰⁰⁾.

Soweit auch die Haftung für vorsätzliches Verhalten ausgeschlossen wird, steht dem die Regelung des § 276 Abs. 2 BGB entgegen. Fraglich kann daher nur sein, ob, entgegen der Regelung in § 11 Ziff. 7 AGBG, auch die Haftung für grob fahrlässiges Verhalten ausgeschlossen werden kann. Hier hat das AGBG eine unmißverständliche Aussage getroffen, die dahin geht, dieses Klau-

200) vgl. oben S. 125

selverbot ausdrücklich in diesem Bereich von der Geltung auszunehmen, vgl. § 23 Abs. 2 Ziff. 2 AGBG. Dasselbe gilt für den Personenverkehr, Ziff. 3, der jedoch ohnehin durch andere Vorschriften geregelt wird²⁰¹⁾. Auch auf die Versorgung mit Wasser und Fernwärme lassen sich diese Privilegierungen nicht anwenden.

- b) Aus der Geltung des § 11 Ziff. 7 AGBG für die entgeltlichen Benutzungsverhältnisse folgt, daß die Haftung für grobes Verschulden, also auch für grobe Fahrlässigkeit²⁰²⁾, nicht ausgeschlossen werden kann. Es handelt sich um ein sogenannten absolutes Klauselverbot, das keiner Einzelfallbeurteilung unterliegt. Damit ist die erste Grenze freizeichnender Satzungen in diesem Bereich bestimmt.
- Eine andere Grenze ergibt sich aus § 9 AGBG. Da die Klauselverbote des § 11 der Generalklausel des § 9 AGBG vorgehen²⁰³⁾, geht es hier um die Bestimmung der Fälle, in denen überhaupt keine Freizeichnung von schuldhaftem Verhalten möglich ist. Der für diese weitergehende Überprüfung nötige Maßstab wird in Abs. 1 der Vorschrift genannt, jedoch konkretisiert durch die Kriterien, die die Rechtssprechung auch bisher bei der Überprüfung von AGB aufgestellt hat, nämlich die Vereinbarkeit der Bestimmung mit "wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung", Abs. 2 Ziff. 1 AGBG und das Verbot der

201) vgl. Dazu noch einmal oben S. 130 m. N. in FN 29

202) vgl. Palandt-Heinrichs § 11 Anm. 8 a AGBG

203) vgl. Palandt-Heinrichs § 9 AGBG Anm. 1

Aushöhlung von Hauptpflichten²⁰⁴⁾, Abs. 2 Ziff. 2 AGBG, wobei die Bestimmung der Ziff. 2 wiederum eine Konkretisierung der Ziff. 1 bedeutet²⁰⁵⁾. Damit kommt auch in der gesetzlichen Regelung zum Ausdruck, daß hier keine starren Freizeichnungsgrenzen aufgerichtet werden²⁰⁶⁾. Die nach der Natur des Vertrags zu bestimmenden wesentlichen Rechte und Pflichten lassen sich vielmehr nur aus einer am jeweiligen Benutzungsverhältnis orientierten Wertung ermitteln. Im folgenden sollen diese Bewertungen an einigen typischen Arten von Benutzungsverhältnissen erläutert werden. Die Typisierung Tiemanns²⁰⁷⁾ kann hier nutzbar gemacht werden.

- aa) Werden öffentliche Einrichtungen in Anspruch genommen, die der umfassenden Personensorge gewidmet sind, wie Alten- und Pflegeheime, Rehabilitationszentren, Krankenhäuser, Kindergärten, so sind die Pflichten des Einrichtungsträgers darauf gerichtet, den Benutzer vor jedem Personenschaden zu bewahren und ihm Gelegenheit zu geben, seine für seinen Aufenthalt mitgebrachte Habe sicher unterzubringen. Diese Pflichten sind als wesentlich zu bezeichnen, da sie den Charakter dieser Benutzungsverhältnisse bestimmen. Sie sind daher nicht abdingbar.

204) vgl. Palandt-Heinrichs § 9 AGBG Anm. 3 u. 4; Schmidt-Salzer AGB S. 267 m. w. N. zur Rspr.; Ulmer-Brandner-Hensen § 9 Rdnr. 56-58

205) vgl. Palandt-Heinrichs aaO.

206) dies war auch schon bisher unstreitige Ansicht, vgl. Schmidt-Salzer aaO.; BGH NJW 68 S. 1718, 1720

207) vgl. VerwArch 74 (Bd. 65) S. 412 ff. u. BayVBl 74 S. 62 ff.

Dagegen können Schadensersatzansprüche für leicht fahrlässiges Verhalten bei der Erfüllung von Pflichten, die nicht zum Leitbild des personenbezogenen Verhältnisses gehören, ausgeschlossen werden.

Eine Differenzierung zwischen Körper- und Sachschäden ist dabei aber nicht erforderlich, da es nicht darauf ankommt, ob nun der Vermögensschaden durch die Verletzung des Körpers oder einer Sache entstanden ist (auch bei Körperschäden wird im Rahmen der schuldrechtsähnlichen Haftung nur der materielle Schaden ersetzt, nicht der immaterielle, vgl. §§ 253, 847 BGB). Der Grund für den unbedingten Ersatz von Körperschäden in diesen Verhältnissen liegt darin, daß gerade die Bewahrung vor solchen Schäden zum typischen Inhalt dieser Beziehung gehört²⁰⁸⁾. Dazu gehört auch, daß Schäden an mitgebrachten Sachen des Benutzers, die er ebenfalls der Obhut der öffentlichen Einrichtung anvertraut hat, in jedem Fall zu ersetzen sind.

- bb) Aber auch in Benutzungsverhältnissen, in denen eine solche Integration der Person nicht erfolgt, sondern vornehmlich Sachleistungen erbracht werden, z. B. bei der Müllabfuhr, läßt sich ein Haftungsausschluß für Körper- oder Sachschäden, die dadurch entstehen, daß z. B.

208) zur Kritik an der Ansicht Rüfners vgl. oben S. 188; auch Tiemann VerwArch 74 (Bd. 65) S. 413 stellt bei den personalen Beziehungen auf "Kernpunkt und Primärzweck des öffentlichen Leistungsinteresses" ab, jedoch von einem anderen Ausgangspunkt

der Müll nicht ordnungsgemäß oder nicht rechtzeitig abtransportiert wird, nicht rechtfertigen. Hier sind ebenfalls für das Benutzungsverhältnis wesentliche Leistungspflichten zu beachten, z. B. restlose und zuverlässige Müllbeseitigung, für deren Erfüllung die Gemeinde unabdingbar eintreten muß. Werden dagegen Schäden verursacht, die in jedem anderen Benutzungsverhältnis auch auftreten können, um beim Beispiel zu bleiben: Schäden beim Rangieren des Müllfahrzeugs, so kann jedenfalls die schuldrechtsähnliche Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden. Diese Beschränkung wird durch § 11 Ziff. 7 AGBG vorgezeichnet²⁰⁹⁾.

II. Verfassungsnormen und- grundsätze

Der Gesetzgeber hat eine orientierende Wertung in der Frage der Haftungsfreizeichnung in allgemeinen Benutzungsregelungen nach hier vertretener Ansicht nur in bezug auf die Tatbestände des öffentlichen Rechts vorgenommen, die in den wesentlichen Punkten mit denen des Zivilrechts übereinstimmen. Dem bereits im Rahmen der kritischen Stellungnahme entwickelten Ausgangspunkt folgend, bleiben zwei Fragen:

209) insoweit a. A. Tiemann VerwArch 74 S. 414

1. Genügen die Beschränkungen des AGBG auch den Verfassungsnormen und-grundsätzen ?
2. Welche Grundsätze gelten für die Beschränkung der Haftung im unentgeltlichen Benutzungsverhältnis ?

a) Die erste Frage läßt sich wie folgt beantworten.

Der vom AGBG gesteckte Rahmen läßt lediglich Modifikationen der gesetzlichen Haftung durch Freizeichnung zu, in einigen Bereichen ist selbst der Ausschluß für leicht fahrlässiges Verhalten unzulässig. Ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG kann angesichts dieser Freizeichnungsrahmens nicht festgestellt werden. Dies läßt sich auch dann bestätigen, wenn man die Theorien berücksichtigt, die zur Abgrenzung der Sozialbindung von der Enteignung entwickelt wurden.

Nach der herrschenden und vom BGH überzeugend entwickelten und begründeten sogenannten Sonderopfertheorie²¹⁰⁾ wäre nur dann der Entzug eines Schadensersatzanspruchs in bestimmten Fällen als Enteignung anzusehen, wenn einzelne im Vergleich zu anderen zu einem besonderen, den übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit gezwungen würden. Da alle Benutzer

210) vgl. BGHZ 6 S. 270, 279/280; 60 S. 147 u. st. Rspr.; von Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII 4; Wolff-Bachof I § 60 I b 3, S. 525-527 u. § 62 III b 2, S. 527; Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz Art. 3 Rdnr. 68 fragt zu Recht, "ob es der Staat sein muß, der ... jede ungleiche Last abnehmen oder durch Gegenleistung ausgleichen muß. Dazu zwingt weder der Gleichheitssatz noch die Sozialstaatsentscheidung.". Der verfassungsrechtliche Opferausgleichssatz zwingt auch nicht zur "Sozialisierung des Risikos".

jedoch gleichmäßig von diesen Regelungen betroffen werden, falls die Voraussetzungen jeweils eingreifen, liegt hier kein Verstoß gegen den speziellen Gleichheitssatz des Art. 14 GG vor. Auch wenn man der sogenannten "Schweretheorie" des BVerwG²¹¹⁾ folgt, läßt sich eine Ent-eignung nicht begründen. Der Entzug eines Schadensersatzanspruchs erfolgt nur unter ganz engen Voraussetzungen und kann keinesfalls als ähnlich schwerer Eingriff wie der Totalentzug angesehen werden²¹²⁾.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der bei Regelungen in Grundrechtsbereiche²¹³⁾, also auch in diesen Benutzungsverhältnissen besonders zu beachten ist, zwingt nicht zu weiteren Einschränkungen. Hier ist im Ergebnis insbesondere den dezidierten Stellungnahmen Palders²¹⁴⁾ und Tiemanns²¹⁵⁾ zu folgen, die dem Grundsatz keine größere Einschränkung entnehmen, als die hier durch analoge Anwendung der Vorschriften des AGBG dargestellten. Soweit Unterschiede in den Einzelergebnissen auftreten, sind sie nicht von grundsätzlicher Bedeutung und lediglich dadurch begründet, daß beide ihre eigene Bewertung an die Stelle der Wertsetzung des Gesetzgebers in bezug auf das, was hier angemessen und nicht "unverhältnismäßig" sein soll, gesetzt haben.

211) vgl. BVerwGE 5 S. 145; 7 S. 299; DÖV 69 S. 432

212) die Anwendung der Theorien im vorliegenden Zusammenhang zeigt, daß sie für andere Fälle entwickelt wurden, sie sind daher auch nicht von entscheidender Aussagekraft

213) vgl. Grabitz AÖR 73 (Bd. 98) S. 580, aber nicht nur

214) vgl. Diss. S. 117 ff.

215) vgl. VerwArch 74 S. 406 ff. u. BayVB1 74 S. 61 ff.

Da die hier vorgeschlagene Lösung auch die Kriterien berücksichtigen konnte, die vor allem Palder²¹⁶⁾ und Tiemann²¹⁷⁾ dem Sozialstaatsprinzip entnehmen, kann die konkrete Problemlösung, wie sie vom AGB-Gesetzgeber vorgezeichnet wurde, nicht gegen dieses allgemeine Prinzip verstoßen.

Schließlich liegt auch ein Verstoß gegen das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG nicht vor. Die Benutzer in den entgeltlichen und damit zivilrechtlichen Verträgen vergleichbaren Benutzungsverhältnissen werden im Hinblick auf sie belastende Freizeichnungen gerade im gleichen Umfang geschützt wie die anderen Verbraucher auch. Diese Gleichbehandlung ist, wie nachzuweisen versucht wurde, gerechtfertigt.

Auch die Ansicht Rüfners^{217a)}, das Ausmaß der Schädigung sei bei den Freizeichnungsgrenzen zu beachten, läßt zwar an eine Rechtfertigung durch das Gleichheitsgebot denken. Prüft man aber genauer, so ist ein Verstoß gegen dieses Grundrecht nicht festzustellen. Soweit Bagatellschäden und katastrophale Schadensfolgen in bezug auf die Haftungsfreizeichnung gleich behandelt werden, gibt es dafür mehrere sachliche Gründe. Es kann nicht als willkürlich

216) vgl. Diss. S. 133 ff.

217) vgl. Tiemann bayVBl 74 S. 63

217a) vgl. DÖV 73, 811

angesehen werden, wenn hier nicht weiter differenziert wird, weil sonst die Freizeichnungen u. U. jeglichen Sinn verlören, da gerade die gravierenden Schäden die größte finanzielle Belastung verursachen, und leicht ein einziger Schadensfalls im Haushaltsjahr das Ausmaß vieler Bagatellschäden übersteigen kann. Das Interesse der Gemeinde als "Verwender" der Benutzungsbedingungen an der partiellen Freizeichnung ist auch dadurch begründet, daß einheitliche Richtlinien für alle Fälle geschaffen werden sollen, damit auch entsprechend kalkuliert werden kann. Wenn also, gemessen an anderen Verfassungs- und Gesetzesvorschriften, die Haftungsfreizeichnung erlaubt wird, so muß dieses legitime Interesse als sachliche Rechtfertigung der Gleichbehandlung ausreichend sein²¹⁸⁾.

Weder in der dogmatischen Begründung noch hinsichtlich der praktischen Auswirkungen läßt sich daher die Ansicht Rüfners²¹⁹⁾ halten.

Auch aus dem Gesichtspunkt einer sogenannten Selbstbindung der Verwaltung kann eine Verletzung des Gleichheitssatzes durch Haftungsfreizeichnungen nicht festgestellt werden. Zu

218) so ist nach der st. Rspr. des BVerfG, vgl. z. B. BVerfGE 21 S. 84, eine Gleichbehandlung erst dann willkürlich, "wenn die Verschiedenheit der durch den Gesetzgeber gleichgeregelter Fälle so bedeutsam ist, daß ihre Gleichbehandlung mit einer am Gerechtigkeitsdenken orientierten Betrachtungsweise unerträglich schiene"; dies kann hier ohne Zweifel nicht behauptet werden

219) vgl. oben S. 178 und zur Kritik S. 188

einer solchen Bindung kann es durch eine bestimmte Verwaltungspraxis kommen^{219a)}. Es könnte z. B. möglich sein, daß zunächst eine Gemeinde ihre öffentlichen Einrichtungen teilweise oder auch ganz zur Benutzung freigegeben hat. Wenn sie sich entschließt, die bisherige Praxis aufzugeben und Haftungsfreizeichnungen in die Benutzungsordnungen aufzunehmen, so wird dies in der Regel von sachlichen Gründen getragen sein, die z. B. in einer übermäßigen finanziellen Belastung der Einrichtung durch Schadensfälle oder in dem Bestreben, sich der allgemeinen Entwicklung anzupassen, zu finden sind. Jedenfalls läßt sich die Abweichung von der bisherigen Praxis so begründen. In jedem Fall aber könnte die Gemeinde auf die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verweisen und damit die Änderung der Rechtslage begründen. Das schließt selbstverständlich nicht aus, daß im Einzelfall die Einführung von Haftungsfreizeichnungen willkürlich sein kann. Abschließend bleibt als Ergebnis der ersten Frage festzuhalten, daß Verfassungsgrundsätze oder - Normen den analog auf öffentliche entgeltliche Benutzungsverhältnisse angewendeten Vorschriften des AGBG nicht entgegen-

219a) vgl. Forsthoff S. 245/246 m. w. N. zur h. M.; er selbst will diesen Grundsatz eher einschränkend interpretieren; Palder Diss. S. 101 ff. erörtert die Selbstbindung nur im Rahmen der Frage, ob bei vertraglicher Regelung eine Bindung der Gemeinde durch Benutzungssatzung für dasselbe Verhältnis eintritt - bejaht diese, versteht also die vertragliche Regelung als Einzelfallregelung; dieses Problem wurde in der vorliegenden Arbeit bereits an anderer Stelle (2. Kapitel) erörtert; vgl. dazu auch Menger in "Demokratie und Verwaltung", Berlin 1972, S. 299 ff.

stehen und dem gemeindlichen Satzungsgeber nicht zusätzliche Schranken der haftungsfrei-
zeichnenden Regelungen auferlegen.

- b) Schon im Grundsatz anders stellt sich die Frage nach den Grundlagen der Einschränkung der Haftungsfreizeichnung in den unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen. Hier sind die Interessenbewertungen des AGBG-Gesetzgebers nicht entsprechend nutzbar zu machen. Zwar wird auch hier der grobe Rahmen durch § 276 Abs. 2 BGB gesteckt. Grundsätzlich bleibt danach aber die Möglichkeit, die Haftung auf Vorsatz zu beschränken, hinsichtlich des Verhaltens der Erfüllungsgehilfen ist sogar ein völliger Haftungsausschluß nach § 278 Satz 2 BGB möglich.

In diesen Verhältnissen muß daher auf die Verfassung zurückgegriffen werden, da die nächsthöhere Normschicht, die formellen Gesetze, keine konkreten Maßstäbe anbietet.

Da Art. 14 Abs. 1 GG nicht eingreift, kommen als denkbare Schrankenbestimmungen Art. 3 Abs. 1 GG, das Übermaßverbot und das Sozialstaatsprinzip in Betracht.

- aa) Zunächst ist nicht zu verkennen, daß nach hier vertretener Auffassung bezüglich des Haftungsrisikos der Benutzer eine Ungleichbehandlung vorliegt, wenn man es bei dem (einfach-) gesetzlichen Haftungsrahmen beläßt. Unentgeltlich Benutzende werden einem größeren Haftungsrisiko ausgesetzt. Ein sachlicher Grund ist

darin zu finden, daß diese Benutzer auch keine oder nur eine geringe Gegenleistung erbringen müssen und deshalb diese öffentliche Einrichtung ohnehin schon mit Defizit arbeitet. So betrachtet wäre die Ungleichbehandlung nicht willkürlich und würde dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG genügen.

Es fragt sich jedoch, ob nicht übergeordnete Gesichtspunkte die gleichen Anforderungen an die Freizeichnungsgrenzen stellen wie in den entgeltlichen Benutzungsverhältnissen auch und deshalb die Frage der Gegenleistung verdrängen. Dies könnte der Benutzungsanspruch des Einwohners sein, wie er sich aus den Gemeindeordnungen der Länder ergibt²²⁰⁾. In einigen Ländern enthalten die entsprechenden Vorschriften sogar den ausdrücklichen Hinweis, daß alle Einwohner "unter gleichen Bedingungen"²²¹⁾ zur Benutzung der öffentlichen Einrichtungen zugelassen seien. Auch in den Gemeindeordnungen, in denen dieser Zusatz nicht enthalten ist, sind alle Einwohner in gleicher Weise zuzulassen, also auch zu denselben Bedingungen. Dies kann aber nicht bedeuten, daß alle Benutzungsbedingungen im Grundsatz gleichen Regelungsinhalt aufweisen müssen. Das würde jede Differenzierung verbieten, die jedoch, wie aufgezeigt, in einigen Fällen sogar geboten ist. Die Betonung der gleichen Bedingungen kann vielmehr nur bedeuten, daß alle

220) vgl. zu den einzelnen Regelungen S. oben 6

221) vgl. den Wortlaut des Art. 21 Abs. 2 BayGO; § 10 Abs. 2 BawüGO; § 15 Abs. 1 GO Rh.-Pf.; § 20 Abs. 1 HessGO

Benutzer einer Einrichtung in bezug auf die Zulassung als solche gleich zu behandeln sind²²²⁾. Diese Überlegungen zwingen aber nicht dazu, die Benutzer in entgeltlichen und unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen gleich zu behandeln. Mithin kann Art. 3 Abs. 1 GG nicht verletzt sein, wenn auch die Haftung für grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen wird.

- bb) Auch wenn in den unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG in bezug auf Haftungsfreizeichnungen keinen Schutz gewähren kann, so gilt doch auch hier das Übermaßverbot²²³⁾. Da Wertungen anderer Instanzen nicht erfolgt sind, soll nunmehr an dieser Stelle versucht werden, den zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entwickelten "Richtpunkten" eine Aussage auch für Freizeichnungsgrenzen in diesen Verhältnissen zu entnehmen²²⁴⁾.

- (1) Zunächst sind die beiden widerstreitenden Interessen herauszuarbeiten, die bei Haftungsfreizeichnungen berührt werden. Auf der einen Seite steht die Gemeinde mit ihrem Interesse, möglichst viele Einrichtungen zu errichten, um die Attraktivität als Wohnplatz zu steigern, aber auch und vor allem, um den kommunalen Aufgaben der Daseinsvorsorge

222) vgl. z. B. Rauball-Rauball § 18 Anm. 4

223) vgl. oben S. 194 ff.

224) hier soll den schon mehrfach zitierten Ausführungen von Grabitz in AÖR 73 (Bd. 98) S. 569 ff., insbes. S. 575 ff. u. S. 581, gefolgt werden, der seine Ansicht aus der Rspr. des BVerfG überzeugend ableitet

mit einem möglichst breitgefächerten Angebot nachzukommen. Dies kann nur realisiert werden, wenn die Kostenbelastung der bestehenden als auch der neu zu errichtenden Einrichtungen überschaubar bleibt. Damit korrespondiert das durchaus legitime Interesse, die Haftungsrisiken so weit wie möglich einzugrenzen, um vor großen finanziellen Einbußen sicher zu sein. Das Interesse "der Gemeinde" verkörpert aber nur das Interesse der Einwohner als Gesamtheit, die davon profitieren, daß sich die Gemeinde attraktive Einrichtungen leisten und ihnen ohne nennenswerte finanzielle Gegenleistung zur Verfügung stellen kann.

Dem steht jedoch das Interesse des geschädigten Benutzers gegenüber, der für den Schaden, den er bei der Benutzung aus von der Gemeinde zu vertretenden Gründen erlitten hat, möglichst umfassenden Ersatz zu erlangen sucht und nach den gesetzlichen Haftungs Vorschriften auch verlangen kann.

- (2) Bei der Abwägung zwischen dem Gemeinwohlinteresse und dem Individualinteresse ist der dritte Richtpunkt zu beachten, an dem sich die Abwägung zwischen der Freizeichnungsmöglichkeit, dem Mittel, und der geringen Kostenbelastung, dem Zweck, zu orientieren hat, nämlich die "Intensität des Eingriffs"²²⁵⁾. Zwei Anknüpfungspunkte spielen bei diesem Gedanken im Rahmen von Haftungszeichnungen eine Rolle. Zum einen hängt die

225) vgl. Grabitz aaO. S. 581, der seine Ausführungen jedoch auf Grundrechtsgewährleistungen bezieht, gleichwohl auch hier gültige Aussagen machen kann; vgl. auch BVerfGE 30 S. 292 (316, 323 f.)

Beeinträchtigung der Individualinteressen vom Umfang der Freizeichnung ab, zum anderen davon, in welchen Benutzungsverhältnissen in Ersatzansprüche eingegriffen wird und welche Leistungen fehlerhaft erbracht wurden.

In solchen Benutzungsverhältnissen, in denen eine soziale Aufgabe erfüllt und aus sozialen Gründen keine oder keine äquivalente Gegenleistung erbracht wird, würde eine Beschränkung der Pflichten, die zur Erfüllung des Primärzwecks²²⁶⁾ der Gemeinde dienen, in das Individualinteresse des Benutzers intensiv eingreifen. Solche Einrichtungen erbringen ihrer Natur entsprechend sozialstaatlich unentbehrliche Leistungen. Das Interesse des Benutzers an möglichst umfassendem Schutz ist einerseits durch den Zulassungsanspruch im Zusammenhang mit der gesetzlichen Bewertung der Haftungslage und andererseits durch das Sozialstaatsprinzip gewährleistet. Der Sozialstaatsgedanke wirkt sich nur in diesen Verhältnissen aus und zwingt hier dazu, die Gemeinwohlinteressen ganz zugunsten der Interessen des in der Regel sozial schwachen Geschädigten zurücktreten zu lassen²²⁷⁾. Soweit also der soziale Zweck der Einrichtung reicht, kann eine Haftungsfreizeichnung nicht möglich sein²²⁸⁾. Andererseits kann

226) Ausdruck bei Tiemann VerwArch 74 S. 413

227) so im Ergebnis auch Palder Diss. S. 133 ff.; Tiemann aaO. u. bayVBl 74 S. 63, der den Verstoß gegen "elementare Sozialstaatsanforderungen" auch im Zusammenhang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz prüft; insoweit a. A. Palder aaO.

228) so die nahezu einhellige Ansicht, vgl. BGHZ 61 S. 7 ff.; Brehm Diss. S. 193; insbes. auch Forsthoff S. 422; Palder aaO.; Tiemann aaO., jeweils m. w. N.; eine a. A. läßt sich - gleich mit welcher Begründung - schon vom praktischen Ergebnis her nicht begründen

aber nur in diesen Verhältnissen, in denen er um die Befriedigung von Vitalbedürfnissen geht, eine Haftungsfreizeichnung aus dem Gesichtspunkt der Intensität der Leistungsbeziehung und der des damit korrespondierenden potentiellen Eingriffs ausgeschlossen werden.

Der zweite Aspekt dieses Kriteriums bezieht sich auf den Umfang der Freizeichnung in den übrigen unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen. Dem Grundsatz nach muß hier ein Ausschluß für grob fahrlässige Schäden noch als verhältnismäßig angesehen werden. In Einzelfällen kann dieser Grundsatz Ausnahmen erfahren, er darf jedoch nicht so verwässert werden, daß sich das Regel-Ausnahmeverhältnis umkehrt, wie die Lösung von Tiemann nahelegt.

Abschließend kann hier nur konstatiert werden, daß wegen der Vielzahl der möglichen Haftungsfälle und der Regelungsmodalitäten eine weitere Differenzierung nicht möglich ist. Hier muß im Einzelfall entschieden werden, ob die Begrenzung auf vorsätzlich verursachte Schäden nicht ausnahmsweise gegen das Übermaßverbot verstößt²²⁹⁾.

229) so ist z. B. denkbar, die Haftung der Gemeinde für grob fahrlässiges Verschulden bei Schäden, die durch Haftungsrisiken entstehen, die der Benutzer nicht übersehen und abschätzen kann, für unabdingbar zu halten, da auch bei unentgeltlicher Benutzung (nicht kostenloser!) das Risiko kalkulierbar bleiben muß; diese Frage ist jedoch von vielen Einzelheiten abhängig u. nicht weiter zu klären

IV. Auswirkungen des hier vertretenen Lösungswegs

Die Untersuchung wäre unvollständig²³⁰⁾, würden nicht auch die Folgen der hier vertretenen Lösung für die beschränkbaren Ansprüche (3. Kapitel) und für die tatsächlichen Regelungen (4. Kapitel) deutlich gemacht.

1. Beschränkbar sind die Ansprüche aus vertraglichen Grundsätzen und in wenigen Fällen die Ansprüche aus Gefährdungshaftung. Die letzteren bedürfen jedoch keiner besonderen Erwähnung, da sie dort, wo die Haftung wegen Verschuldens beschränkbar ist, erst recht ausgeschlossen werden können²³¹⁾. Die Auswirkungen sind daher nur auf folgende Ansprüche zu untersuchen.

- a) Die Haftung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit und des Verzugs ist ebenso vom Verschulden der Gemeinde als Schuldnerin abhängig wie die wegen positiver Vertragsverletzung und culpa in contrahendo. Insofern sind die oben entwickelten Maßstäbe auf diese Ansprüche ausnahmslos anzuwenden.

230) dieser Vorwurf muß Palder in seiner Diss. gemacht werden; folgerichtig Tiemann VerwArch 74 S. 405 ff., 415 ff.

231) vgl. dazu näher oben S. 169

Soweit Tiemann²³²⁾ hinsichtlich der Haftung für zu vertretende Unmöglichkeit und Verzug völlig andere Ergebnisse vertritt und diese Ansprüche bei synalagmatischer Prägung der Rechtsbeziehung (nach hier benutzter Terminologie: bei entgeltlichen Benutzungsverhältnissen) für nicht beschränkbar hält, bleibt er eine schlüssige Begründung schuldig. Sie läßt sich auch nicht finden, da der Grund für die Freizeichnung für schuldhaftes Verhalten sich nicht dadurch ändert, daß statt im Primärbereich die Pflichtverletzung im Sekundärbereich des Schuldverhältnisses erfolgt. Soweit hier die Erfüllung der Hauptleistungspflichten nicht für beschränkbar gehalten wird²³³⁾, hängt dies ab von der Frage, ob diese Pflicht zum Leitbild der Rechtsbeziehung gehört und somit als wesentlich anzusehen ist oder nicht. Dies muß aber nicht dazu führen, daß ein Anspruch wegen Nichterfüllung einer unwesentlichen Hauptpflicht unbeschränkbar ist. Diese Wertung kommt auch für die entgeltlichen Benutzungsverhältnisse in § 11 Ziff. 8 AGBG zum Ausdruck, der eindeutig auf Ziff. 7 (unter b) Bezug nimmt.

- b) Die Haftung wegen Gewährleistung ist grundsätzlich vom Verschulden unabhängig. Deshalb

232) vgl. VerwArch 74 S. 415/416

233) vgl. genauer oben S. ~~215~~/~~216~~ und die dazu von Tiemann vertretene Ansicht in FN **207-209**

bedarf ihre Beschränkbarkeit besonderer Betrachtung.

Vorweg muß jedoch beachtet werden, daß die Gewährleistungsansprüche in den unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen analog §§ 523 Abs. 1, 524 Abs. 1, 600 BGB nur bei Arglist des Schuldners gegeben sind. Insofern ist ein gewisses Verschuldensmoment beachtlich, das mit dem Vorsatz bei Verschuldenshaftung korrespondiert. Die Frage der Beschränkbarkeit ist hier eindeutig zu beantworten. In allen Verhältnissen kann die Haftung für Vorsatz oder ähnlich schwerwiegende Tatbestände nicht beschränkt werden, also auch nicht die ohnehin schwach ausgeprägte Gewährleistung bei unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen.

Bei den entgeltlichen wird die Frage der Beschränkbarkeit in § 11 Ziff. 10 und 11 AGBG geregelt. Diese Vorschriften können auch auf die entsprechenden Klauseln in den synalagmatisch geprägten Benutzungsverhältnissen angewendet werden. Demnach sind nur Modifikationen der Gewährleistung, nicht jedoch ihr endgültiger Ausschluß möglich (vgl. im einzelnen insbesondere § 11 Ziff. 10 a bis c AGBG).

2. Bei der abschließenden Prüfung der Frage, wie sich die hier vertretene Lösung auf die tatsächlichen Regelungen in der Praxis auswirkt, sind zwei Gesichtspunkte zu beachten.

a) Wie dargestellt, beschränken Freizeichnungsklau-

seln die Haftung nicht nur dem Grunde, sondern auch der Höhe nach. Zu fragen ist, ob dies überhaupt und wenn, in welchem Umfang, zulässig ist.

Tiemann^{233a)} geht davon aus, daß, dem Grundsatz a maiore ad minus folgend, "das in den Grenzen der Zulässigkeit des Haftungsausschlusses auch eine den Haftungsumfang betreffende Haftungsbegrenzungsklausel wirksam sein muß". Er hält sowohl die Beschränkung der Verzugshaftung auf den unmittelbaren Schaden als auch - erst recht - die Begrenzung der Schadenshöhe für zulässig. Die eigentliche Problematik spricht Tiemann an, wenn er untersucht, ob Beschränkungen des Schadensumfangs oder der Schadenshöhe dann zulässig seien, wenn im übrigen Haftungsbeschränkungen dem Grunde nach unzulässig sind. Hier meint er, daß eine solche Beschränkung in diesen Verhältnissen nicht vertretbar sei und nimmt zur Begründung auf die entsprechenden Freizeichnungsverbote im Zivilrecht Bezug.

Für die Bereiche, in denen eine Freizeichnung, bezogen auf den Haftungsmaßstab, zulässig wäre, kann das "Erst-Recht-Argument" Tiemanns nur dann eingreifen, wenn die Ansprüche der Höhe nach begrenzt werden, die ihren Grund in dem haftungsmaßstäblichen Verhalten haben, von dem wirksam freigezeichnet wurde. Kann z. B. die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden, so erscheint die Begrenzung der Haftung auf einen

233a) vgl. VerwArch 74 S. 418

bestimmten Betrag vertretbar. In einem solchen Verhältnis wäre aber die Haftung für grob fahrlässiges Verhalten weder der Höhe noch dem Grunde nach beschränkbar. Andernfalls würden die hier erarbeiteten Grundsätze unterlaufen. Denn in den gesetzlichen Haftungstatbeständen, die gegenüber gemeindlichen Benutzungsbedingungen vorrangig sind, ist eine Beschränkung auf die Schadenshöhe nicht vorgesehen. Insbesondere aus § 276 Abs. 2 BGB kann eine solche Beschränkung nicht hergeleitet werden. Demnach muß es bei den allgemeinen Haftungsgrundsätzen des BGB verbleiben. Nur in dem auch von Tiemann für möglich gehaltenen Ausnahmefall steht der Vorrang des Gesetzes einer Beschränkung der Haftungshöhe nicht entgegen. Im übrigen verstoßen Klauseln, die undifferenziert die Haftungshöhe auf bestimmte Beträge beschränken, gleich ob in entgeltlichen oder unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen, gegen das Vorrangsprinzip, da eine der Vorschrift des § 276 Abs. 2 BGB in bezug auf Beschränkungen der Haftungshöhe entsprechende Norm im BGB fehlt²³⁴⁾.

- b) Abschließend bleibt zu klären, was für die Haftungsregelungen gilt, die wegen des Verstoßes gegen das Vorrangsprinzip als nichtig anzusehen sind. Fraglich ist, ob das Verdikt die Bestimmung als Ganzes trifft oder nur den über die Grenze hinausgehenden Teil.

234) Tiemann kann also nur bedingt gefolgt werden; das Problem ist im zivilen AGB-Recht, das hier jedoch nicht zum Zuge kommt, noch nicht geklärt, vgl. Schmidt-Salzer, AGB, Rdnr. F 127 - 130

Man ist sich im Ergebnis einig, daß nicht die Klausel als Ganzes, sondern nur der überschießende unzulässige Teil unwirksam ist. Fraglich ist lediglich, ob dieses Ergebnis im Wege restriktiver Auslegung²³⁵⁾, Umdeutung²³⁶⁾, des Verbots unzulässiger Rechtsausübung bei Berufung auf den unzulässigen Teil²³⁷⁾ oder geltungserhaltender Restriktion²³⁸⁾ zu erreichen ist.

Gegen Auslegung spricht der eindeutige Wortlaut überzeichnender Haftungsklauseln²³⁹⁾. Dennoch ist der Gedanke der Restriktion, wie ihn **Schmidt-Salzer**²⁴⁰⁾ vertritt, wohl zutreffend, da die Lösung über die Grundsätze von Treu und Glauben und über die Möglichkeit der Umdeutung allzu sehr konstruiert erscheint²⁴¹⁾.

Mißt man die tatsächlichen Regelungen, wie sie in Kapitel 4 dargestellt wurden, an den hier entwickelten Freizeichnungsgrenzen, so wird deutlich,, daß in vielen Fällen eine Überzeichnung festzustellen ist. Man muß jedoch auch einräumen, daß die Gemeinden nicht in allen Benutzungsverhältnissen den möglichen Rahmen voll ausschöpfen.

235) so Ulmer-Brandner-Hensen § 9 Rdnr. 97 m. Verw. auf BGHZ 62 S. 251

236) so Tiemann VerwArch 74 S. 411 FN 130

237) so BGHZ 20 S. 164, 167

238) vgl. Schmidt-Salzer AGB Rdnr. F 56 (S. 198)

239) vgl. zu den Auslegungsgrundsätzen Larenz, Methodenlehre, S. 309

240) aaO.

241) die Frage mag als untergeordnet letztlich auf sich beruhen

6. Kapitel: Haftungserweiternde Regelungen

Der Vollständigkeit halber sind auch noch die Regelungen zu überprüfen, in denen nicht nur eine Freizeichnung der Gemeinden von eigener Haftung, sondern zusätzlich eine Haftungsüberbürdung auf die Benutzer stattfindet. Auch diese Klauseln sind auf ihre Vereinbarkeit mit übergeordneten gesetzlichen Vorschriften zu überprüfen. Die Haftungserweiterung kann rechtstechnisch auf zwei Wegen erfolgen. Einmal kann eine zusätzliche Haftung des Benutzers dadurch erreicht werden, daß ihm die grundsätzliche Verantwortung für Schäden in bestimmten Bereichen zugeordnet wird, unabhängig vom Verschulden (echte Haftungserweiterung). Eine mildere Regelung erfolgt durch eine Umverteilung der Beweislast, die in der Regel den Geschädigten¹⁾, bei dieser Haftungslage die Gemeinde, treffen würde.

I. Echte Haftungserweiterungen

Echte Haftungserweiterungen stellen im Ergebnis die Schaffung von Haftungstatbeständen dar, die über die gesetzlichen Haftungstatbestände, insbesondere des hier anwendbaren Zivilrechts, hinausgehen. Wie schon bei der Beschränkung der Haftungshöhe festgestellt, fehlt auch hier eine dem § 276 Abs. 2 BGB bei der Einschränkung des Verschuldens-

1) vgl. dazu Palandt-Heinrichs Vorbem. v. § 249 Anm. 8

maßstabes entsprechende Vorschrift zur Erweiterung des gesetzlichen Haftungsrisikos, abgesehen von den gesetzlich fixierten Tatbeständen der Gefährdungshaftung. Haftungserweiterungen würden damit neue untergesetzliche Haftungstatbestände schaffen. Entsprechenden Benutzungsregelungen fehlte aber die gesetzliche Ermächtigung, ohne die sie rechtswidrig sind²⁾. Sie sind schon deshalb rechtswidrig und unwirksam.

Soweit Tiemann³⁾ die Unzulässigkeit solcher Regelungen deshalb annimmt, weil sie "in keinem Fall eigentumsgerecht, sozialadäquat, verhältnismäßig und gleichheitskonform" seien, läßt sich dazu nur bemerken, daß eine - aus weniger "gewichtigen", aber gleichwohl entscheidenden Gründen - unwirksame, weil rechtswidrige Satzung immer auch unverhältnismäßig ist, weil nur rechtmäßige Interessen gegeneinander abzuwägen sind.

II. Abänderung der Beweislast

Soweit den Benutzer, wie z. B. bei der Leihbibliothek hinsichtlich der Rückgabepflicht⁴⁾, nicht ohnehin wegen § 282 BGB die Beweislast trifft, bleibt zu prüfen, ob darüber hinausgehende Ver-

2) vgl. Ludwig Renck "Verwaltungsakt und Gesetzesvorbehalt" in JuS 65 S. 129 ff., 131

3) vgl. VerwArch 74 S. 419 ff.

4) vgl. oben S. 134/135

schuldensvermutungen durch Benutzungsordnungen aufgestellt werden können. Dies erscheint in doppelter Hinsicht unmöglich.

Bei den entgeltlichen Benutzungsverhältnissen kann auch in dieser Hinsicht das AGBG angewandt werden. Das Klauselverbot des § 11 Ziff. 15 bestimmt eindeutig, daß die Beweislast nicht zum Nachteil des "anderen Vertragsteils", des Benutzers also, geändert werden dürfe. Schon aus diesem Grund sind anderslautende Satzungsklauseln nichtig.

Bei den unentgeltlichen Benutzungsverhältnissen würden - bei den entgeltlichen zusätzlich - solche Klauseln ebenfalls unwirksam sein, weil sie Belastungen des Benutzers enthielten, die der gesetzlichen Grundlage entbehrten. Insofern gilt hier nichts anderes als schon bei der Prüfung "echter" Haftungserweiterungen ausgeführt⁵⁾.

III. Insgesamt läßt sich daher feststellen, daß Haftungsregelungen in gemeindlichen öffentlichen Benutzungsverhältnissen nur in beschränktem Umfang Haftungsfreizeichnungen enthalten können; Haftungserweiterungen zu Lasten der Benutzer sind nicht möglich.

5) vgl. Schmidt-Salzer, AGB Rdnr. F 239 m. w. N.; die Unentgeltlichkeit spielt hier nicht die entscheidende Rolle, sie kann nicht Rechtfertigung für Überbürdung fremder Risiken sein

Lebenslauf

Am 25. September 1946 wurde ich als einziges Kind des Postbeamten Wilhelm Schulte und seiner Ehefrau Cäcilia, geb. Rosenbaum in Körbecke (heute Möhnesee) geboren. Ab Ostern 1953 besuchte ich zunächst die Volksschulen in Warstein und Dortmund, anschließend ab Ostern 1957 das naturwissenschaftliche Leibniz -Gymnasium in Dortmund, an dem ich am 2. Februar 1966 die Reifeprüfung ablegte.

Nach Ableistung einer zweijährigen Wehrdienstzeit nahm ich mein Studium zum Sommersemester 1968 zunächst in Saarbrücken an der dortigen Universität und der Musikhochschule auf mit den Fächern höhere Schulmusik und Germanistik. Im nächsten Semester, dem Wintersemester 1968/69 wechselte ich Studienort und Studienfach und studierte ab dann an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster Rechtswissenschaften bis einschließlich Sommersemester 1973. Vor dem Justizprüfungsamt beim OLG Hamm legte ich am 28. Juli 1973 die erste Staatsprüfung ab.

Das Assessorexamen bestand ich am 25. Juni 1976 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf.

Seit Juli 1976 bin ich in Lübeck als Rechtsanwalt tätig. Ich habe die deutsche Staatsangehörigkeit.

Am 2. Januar 1970 heiratete ich die Studienrätin Rosemarie Schulte, geb. Schemmert. Unser Sohn Sebastian wurde am 10. Februar 1978 geboren.

